

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] **La legitimación procesal del sindicato en la reciente jurisprudencia constitucional**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [13] **El estrés laboral como factor desencadenante de los riesgos psicosociales. Su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral**

M.ª JOSÉ ROMERO RÓDENAS

- [33] **El concepto de *mobbing* en España. Teoría y práctica jurisprudencial. Una protesta para su prueba y proscripción en la universidad**

JUAN MANUEL DEL VALLE PASCUAL
JOAQUÍN GÓMEZ PANTOJA CUMPLIDO
MARÍA LLANOS ORTIZ ESPADA
SILVIA NIETO NEIRA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[215] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

LA LEGITIMACION PROCESAL DEL SINDICATO EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha venido recordando que la legitimación es “una específica relación entre el actor y el contenido de la petición que se ejercita”, caracterizando el interés legítimo como “una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto”. Sobre la base anterior, el más alto intérprete constitucional ha partido, en primer lugar, de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario. Como señalara en su STC 210/1994, de 11 de julio, “los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28) como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia (por todos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8 o art. 5, parte II, Carta Social Europea), una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que, como ya ha sostenido la doctrina de este Tribunal, no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. La función de los sindicatos, pues, desde la perspectiva constitucional, ‘no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *uti singulis*, sean de necesario ejercicio colectivo’ (STC 70/1982), en virtud de una función de representación que el sindicato ostenta por sí mismo, sin que deba condicionar necesariamente su actividad a la relación de pretendido apoderamiento ínsita en el acto de afiliación, que discurre en un plano diverso del de la acción propiamente colectiva (SSTC 70/1982, 37/1983, 59/1983, 187/1987 ó 217/1991, entre otras). Por esta razón, es posible reconocer en principio legitimación al sindicato para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores” (STC 210/1994). Queda así clara “la relevancia constitucional de los sindicatos para la protección y defensa, incluso jurisdiccional, de los derechos e intereses de los trabajadores” (STC 7/2001).

Ahora bien, desde la STC 101/1996, de 11 de junio, el Tribunal Constitucional viene exigiendo que esta genérica legitimación abstracta o general de los sindicatos, reconducible a su relevancia constitucional, se proyecte de un modo particular sobre el objeto de los recursos que entablen ante los Tribunales mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada. Y ello porque, según recordamos allí, citando de nuevo la STC 210/1994, “la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer”. Se trata, en definitiva, de aplicar a estas personas jurídicas asociativas singulares la misma exigencia que se aplica a cualquier otra persona física o jurídica para reconocerle la posibilidad de actuar en un proceso: ostentar interés legítimo en él. Por tanto, en la STC 101/1996, el Tribunal puso de manifiesto que la legitimación procesal del sindicato en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en cuanto aptitud para ser parte en un proceso concreto o *legitimitatio ad causam*, “ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico; interés que ha de entenderse referido en todo caso a ‘un interés en sentido propio, cualificado o específico’ (STC 97/1991 con cita de la STC 257/1988). Interés que, doctrinal y jurisprudencialmente, viene identificado en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio en el supuesto de que prospere la acción intentada, y que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial” (STC 101/1996).

En definitiva, para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato, no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado “función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores” (STC 101/1996). Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001 y 24/2001). Al analizarse un problema de legitimación sindical, cabe añadir, por último, que el canon de constitucionalidad a aplicar es un canon reforzado, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva se impetra para la defensa de un derecho sustantivo fundamental como es el derecho a la libertad sindical (SSTC 84/2001, 215/2001, 203/2002).

Varias sentencias se han pronunciado sobre la legitimación del sindicato para interponer recursos contencioso-administrativos. En todos los supuestos examinados, la jurisdicción ordinaria había denegado la legitimación del sindicato, por entender que los intereses que en el proceso concreto se encontraban en juego afectaban únicamente a los directamente afectados o, a lo sumo, a terceros potencialmente perjudicados, pero no al sindicato recurrente, carente de interés legítimo. El Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de ese interés específico para recurrir un Acuerdo de la Junta de Gobierno de una Universidad aprobatorio de la dotación de determinadas plazas de profesorado (STC 101/1996); para impugnar el sistema de provisión de una plaza de Jefe de la policía local en un Ayuntamiento (STC 7/2001); para impugnar las bases de la convocatoria

de un concurso-oposición para la provisión de plazas de bomberos de una Diputación Provincial (STC 24/2001); o para recurrir el Acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento que aprobaba la plantilla orgánica del mismo (STC 84/2001). En la misma línea cabe situar la STC 203/2002, que reitera la doctrina sobre la legitimación activa de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo en un supuesto en que se dirimía la legalidad de las compatibilidades de un grupo de médicos en un Hospital público, o el resuelto por la STC 89/2003, relativo a la prórroga de determinadas comisiones de servicios.

Entre los últimos pronunciamientos habidos en esta materia cabe destacar, en primer lugar, el contenido en la STC 112/2004, de 12 de julio, en la que se discutía la legitimación sindical para impugnar diversas Resoluciones de la Tesorería General de la Seguridad Social por las que se convocaban tres concursos abiertos para contratar apoyo técnico informático con la finalidad de cubrir las necesidades que en el entorno de los servicios generales tiene el Centro de Control de Recaudación y contratación de asistencia técnica para la Gerencia de Informática de la Seguridad Social.

El Tribunal sistematiza en este pronunciamiento la doctrina existente en esta materia para afirmar, de nuevo, que para poder considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta con que éste acredite la defensa de un interés colectivo o la realización de una determinada actividad sindical, dentro de lo que hemos denominado “función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores” (STC 101/1996). Debe existir, además, un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto del debate en el pleito de que se trate, vínculo o nexo que habrá de ponderarse en cada caso y que se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (SSTC 7/2001, 24/2001).

Aplicada la anterior doctrina al caso concreto, la Sala concluye que las Sentencias recurridas han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la Federación de Servicios y Administraciones Públicas de Comisiones Obreras, al no reconocer la legitimación del sindicato para recurrir los concursos convocados por la Tesorería General de la Seguridad Social.

Se entiende, una vez más, que el interés legítimo del sindicato resulta claramente identificable en este caso. El objeto del recurso intentado (la impugnación de cuatro concursos de asistencia técnica convocados por la Tesorería General de la Seguridad Social para la realización de labores informáticas en diferentes órganos de la misma, por entender el sindicato recurrente que con ellos se infringía el art. 197 LCAP, incurriendo en desviación de poder, al exceder el objeto perseguido del ámbito de un contrato de asistencia técnica, así como las normas que regulan el ingreso en la función pública) está en conexión con la finalidad que legítimamente persiguen los sindicatos (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores) y, por tanto, con lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado interés profesional o económico.

Dice, además, la sentencia comentada que “la razón de esta conexión, que puede sintetizarse en el interés de los empleados públicos en que los servicios de apoyo informático

que se pretenden contratar al exterior sean realizados por empleados públicos, no radica sólo en el interés general y abstracto del sindicato en defender la legalidad de los procedimientos utilizados por la Tesorería General de la Seguridad Social para la cobertura de sus necesidades, sino que se materializa en un interés específico en razón a la ventaja o utilidad que obtendría el sindicato recurrente en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo y que sería extensible a todos y cada uno de sus afiliados, así como, en general, al personal de la Tesorería”. A lo anterior se añade que, “si el sistema de subcontratación utilizado para la cobertura de los servicios informáticos afectados fuese considerado por los órganos judiciales como contrario a Derecho, es claro que una, si no la única, de las alternativas con que contaría la Tesorería General de la Seguridad Social –supuesta la necesidad irrenunciable de los servicios afectados– sería la de recurrir a la afectación de trabajadores propios para la cobertura de tales servicios, bien mediante medidas de promoción o movilidad interna de trabajadores ya vinculados a la Tesorería, bien mediante la incorporación de nuevos trabajadores a través de los procedimientos específicos del acceso al empleo público”. Como señala el Ministerio público en su informe, si la Tesorería General de la Seguridad Social hubiera de llevar finalmente a cabo la actividad “por personas vinculadas con la Administración en alguna de las modalidades del empleo público, en ese caso tanto la Federación Sindical de Administración Pública de Comisiones Obreras como sus afiliados podrían obtener los beneficios que se alegan: el sindicato, nuevos afiliados, mayores ingresos y más influencia; y sus afiliados, expectativas de promoción y movilidad”.

De todo lo anterior se concluye que el derecho a la tutela judicial efectiva tenga en este caso un efecto reflejo sobre el derecho a la libertad sindical, tal como ya se ha expresado, en la medida en que su ejercicio está estrechamente vinculado a los fines que los sindicatos persiguen, es decir, “la protección y defensa de los intereses económicos y sociales que les son propios” (art. 7 CE), y puede incluirse en el ámbito del derecho a la actividad sindical [art. 2.1.d) y 2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, LOLS], por lo que la negativa judicial de legitimación priva al sindicato recurrente de un medio de acción que le es propio.

En la misma línea cabe situar la STC 142/2004, de 13 de septiembre. En ella, el sindicato demandante impugnó un Decreto de la Presidencia de la Diputación Provincial de Zaragoza alegando que, a pesar de que modificaba de forma sustancial las condiciones de trabajo del personal del Servicio de Urgencias del Hospital, se había dictado sin la previa negociación, sin la audiencia de la Junta de Personal y, en último término, sin la consulta prevista en los arts. 32.k), 9.4.a) y 34.2 de la Ley 9/1987. Los Tribunales ordinarios, partiendo de la base de que la medida afectaba “a un pequeño grupo de personas perfectamente identificado” que no había mostrado su intención de reclamar, concluye que, no obstante la naturaleza de los vicios alegados por el sindicato recurrente, “su interés no va más allá de la defensa de la legalidad que resulta insuficiente en este caso para fundamentar la legitimación activa pretendida”.

El Tribunal considera que lo que el sindicato estaba defendiendo ante la jurisdicción contencioso-administrativa era el derecho a la negociación en la adopción de la medida que se impugnaba, al considerarse interlocutor necesario y obligatorio de la Administración, siendo evidente, por tanto, el vínculo o nexo que lo ligaba con el objeto del proceso, es decir, como con acierto advierte el Ministerio Fiscal, su legitimación procesal: “el problema de si el acuerdo impugnado en la vía judicial previa debía haber sido negociado con arreglo a la Ley de órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones públicas era precisamente lo que debía resolverse con una decisión judicial de fondo” (STC 84/2001).

Añade a lo anterior que incluso en la medida en que el Decreto impugnado fuese manifestación de la potestad organizatoria de la Administración, como ésta sostuvo en el proceso contencioso-administrativo, ello “poco o nada explica sobre la existencia o inexistencia de legitimación procesal”, porque poco o nada dice de la titularidad de intereses legítimos del sindicato (STC 7/2001): “que las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización queden excluidas de la obligatoriedad de la negociación colectiva en el sistema regulado por 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 (art. 34.1), no significa que no tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo, como lo prueba la propia Ley al someter en ese caso tales decisiones a la consulta de las organizaciones sindicales (art. 34.2), y menos que anulen los intereses legítimos de los sindicatos que pudieran verse afectados por las mismas. No puede, pues, considerarse en sí misma ajena al ámbito de la actividad sindical toda materia relativa a la organización de la Administración y, por ello, no es constitucionalmente admisible denegar la legitimación procesal de los sindicatos en los conflictos donde se discutan medidas administrativas de tal naturaleza” (STC 203/2002).

La anterior línea se ha cerrado, por el momento, con la STC 28/2005, de 14 de febrero. En la misma se planteaba el siguiente supuesto de hecho: por Decreto de la Alcaldía del Ayuntamiento de Quart de Poblet se aprobaron las bases para la provisión en propiedad de la plaza de Sargento de la policía local vacante en la oferta de empleo público de 1998. Esta resolución administrativa fue impugnada por la confederación sindical de CC.OO. al entender infringido el art. 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, reguladora de los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, por falta de negociación previa con los representantes sindicales de los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos, puesto que el mencionado sindicato sostuvo que sólo tuvo conocimiento de la citada convocatoria a través de su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia. De la aludida petición conoció el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 7 de Valencia. Ese órgano judicial dictó Sentencia por la que, desestimando el motivo de inadmisibilidad opuesto por el Ayuntamiento demandado, consistente en la falta de legitimación activa del citado sindicato “por entender que, en su caso, la ostentaría la Mesa de Negociación”, estimaba la demanda y anulaba el acto administrativo impugnado. Contra esta resolución se alzó en apelación el Ayuntamiento de Quart de Poblet. Este recurso fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. Esta resolución revocó la Sentencia de instancia y declaró la inadmisibilidad del recurso

contencioso-administrativo “por la causa prevista en el art. 69.b) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción”, esto es, por la falta de legitimación activa del sindicato demandante en el proceso administrativo en cuestión.

Recurrido en amparo el pronunciamiento antes señalado, recuerda la doctrina que hemos venido analizando a lo largo del presente editorial para concluir que, en el presente caso, procede otorgar el amparo puesto que “el objeto de la demanda administrativa consistía en la nulidad de un Decreto por el que se aprobaba un concurso-oposición para acceder a una plaza del cuerpo de Policía Local”, por lo que hay que concluir, señala la Sala, “que se halla plenamente conectado con la finalidad que legítimamente persiguen los sindicatos (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los trabajadores) y, por tanto, con lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado interés profesional o económico. La razón de esta conexión, como con acierto ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, se muestra patente: en el caso de que prosperara la pretensión contencioso-administrativa, el sindicato hubiera tenido derecho a ser oído para, así, poner de manifiesto la inclusión o exclusión de determinados méritos o requisitos que pudieran reunir los funcionarios que optaran al puesto de trabajo convocado, velando de esa manera por las legítimas aspiraciones profesionales de aquellos miembros de la policía local afiliados al sindicato que se encontraran en disposición de poder ocupar dicha plaza”.

Un supuesto particular en el que el Tribunal Constitucional ha favorecido una interpretación ampliatoria de la legitimación procesal del sindicato es el resuelto por la STC 215/2001, de 29 de octubre. La misma supuso una notable ampliación de la legitimación del sindicato en el proceso, si bien únicamente respecto al proceso de oficio y en determinadas circunstancias. El Tribunal reconoce que la regla general es la de que, en el proceso de oficio, los intereses afectados son únicamente los de las partes directamente afectadas, pero destaca las particularidades del caso que le hacen optar por estimar el amparo. Particularidades que la Sentencia residencia en el tipo de empresa (sometida a altos riesgos cancerígenos), el tipo de infracción (cesión de trabajadores) y en el hecho de que ésta afectara precisamente a los trabajadores encargados de prestar el servicio preventivo. En este marco de circunstancias especiales, que el Tribunal remarca insistentemente (probablemente para impedir una aplicación extensiva de esta doctrina), la Sentencia entiende que no se trata sólo de un interés genérico en preservar las condiciones de trabajo garantizadas por las normas jurídicas y en evitar en general la existencia de situaciones de precariedad prohibidas, tampoco de una defensa abstracta de la normativa en materia de seguridad y salud laboral, sino de un interés colectivo debido a la infracción objeto de controversia y los efectos que su eventual sanción tiene en los trabajadores de la empresa.

Más restrictiva en cuanto a su alcance se manifiesta la STC 171/2002, de 30 de septiembre, relativa a la falta de legitimación de un Sindicato para intervenir en la fase de ejecución de un pleito donde se cuestionaba la aplicación individual de un convenio colectivo. El Tribunal procede a desestimar el amparo solicitado partiendo de un dato incontestable: si las personas que no han sido parte en un proceso de ejecución carecen de legitimación

para instar la nulidad de concretos trámites de dicho proceso, no cabe que un sindicato que se encuentre en tal posición genérica utilice el incidente de nulidad de actuaciones para personarse en el proceso. De este modo, concluye que “no existe apoyo para que, sin un precepto legal que así lo prevea, el sindicato pueda personarse en un proceso en el que no ha sido parte para hacer valer en él intereses colectivos que crea puedan ser dignos de defensa; ni tampoco para que, sin amparo legal, pueda el sindicato atribuirse en procesos en curso la condición de coadyuvante del actor o demandado, pues tal posibilidad daría lugar a una suerte de coadyuvancia universal que chocaría con las limitaciones establecidas en el art. 20 LPL para el ejercicio por los sindicatos de acciones en nombre e interés de sus afiliados”.

La STC 164/2003, de 29 de septiembre, concluye la legitimación de un sindicato para impugnar un laudo arbitral pese a no haber sido directamente afectado por su resultado, dado que el mismo poseía “un claro, real y actual interés en la misma, dado que los referidos resultados (electorales) podían influir, de forma directa, en el desarrollo de su estrategia sindical, por cuanto que la tal impugnación, de prosperar, hubiera podido alterar la composición de fuerzas existentes en el comité con claro beneficio para el desarrollo de la actividad sindical del ahora demandante de amparo. Por tanto, una decisión estimatoria de la pretensión formulada, caso de tener éxito, reportaría una ventaja o utilidad con una innegable trascendencia colectiva por su proyección o alcance general y de evidente conexión con la función institucional del sindicato (art. 7 CE). Resulta patente, por todo ello, que el sindicato USO poseía “interés legítimo”, en los términos antes aludidos pues, con su acción, el mismo podría haber obtenido ventaja y utilidad sindical que, en este caso, le fue injustificadamente impedida por el pronunciamiento que aquí se impugna”.

El TC considera que las previsiones del legislador laboral restrictivas de la legitimación del trabajador individual (o plural) para el ejercicio del llamado control abstracto o general de normas colectivas, pueden considerarse conformes al art. 24.1 CE porque encuentran una justificación constitucionalmente lícita y el sacrificio del derecho de los particulares a acceder a la justicia es proporcionado a tal fin (por todas, SSTC 10/1996, 12/1996 y 56/2000). Por el contrario, el TC ha considerado irrazonable y basada en una interpretación de las normas no conforme con las exigencias del art. 24.1 CE, la denegación de la legitimación a un tercero, no incluido en la unidad de negociación del convenio colectivo, cuando lo que plantea no es una pretensión de control abstracto de normas laborales pactadas, sino una acción, a través de un proceso ordinario, en defensa de los derechos o intereses propios o particulares presuntamente lesionados por la ilegalidad de un convenio (STC 81/1990). En esta línea cabe situar la STC 157/2002.

El Tribunal Constitucional declaró que la regla contenida en el art. 14 LOLS en el sentido de que en los procesos laborales iniciados por los trabajadores para impugnar como antisindicales determinados actos o conductas, permitiendo a los sindicatos personarse como coadyuvante de sus afiliados, “no se limita a articular una regla de legitimación procesal, sino que, antes bien, incorpora esta fórmula de intervención del sindicato en el proceso dentro del conjunto de disposiciones sobre la tutela de la libertad sindical (...). Desde esta perspectiva, cuando la LOLS reconoció el derecho del Sindicato a intervenir

como coadyuvante en los procesos en los que el trabajador individualmente considerado requiere protección jurisdiccional de su propia libertad sindical, no hizo sino poner a su disposición un instrumento más de acción colectiva” (STC 257/2000).

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

El estrés laboral como factor desencadenante de los riesgos psicosociales. Su posible protección en el ámbito de la empresa: especial referencia al Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral

M^a. JOSÉ ROMERO RÓDENAS

Catedrática E.U. Derecho del Trabajo y Seguridad Social
UCLM

Sumario:

1. Introducción. 2. El estrés laboral. 3. La prevención de riesgos psicosociales en la empresa. A) Prevención primaria. B) Prevención secundaria. C) Prevención terciaria.
4. Estrategias sindicales de intervención frente al estrés laboral. A) Sensibilización de los trabajadores respecto de los daños a la salud que puede provocar estrés laboral.
B) Formulación de propuestas. C) El papel de la negociación colectiva y de los Acuerdos de Empresa: el Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral y su transposición al ordenamiento interno. **5. A modo de conclusión.**

1. INTRODUCCIÓN

Las encuestas sobre condiciones de trabajo realizadas en el ámbito de la Unión Europea revelan que el estrés relacionado con el trabajo, en sus múltiples variantes, afecta a uno de cada tres trabajadores, cifras que son extrapolables a la realidad sociolaboral española, como pone de manifiesto el resultado de las distintas encuestas sobre condiciones de trabajo realizadas por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Donde en las últimas décadas se viene incrementando de forma generalizada la conciencia social sobre la importancia del estrés en el trabajo. Según la OIT, el estrés laboral es una alteración que su-

pone un “peligro para las economías de los países industrializados y en vías de desarrollo. Resiente la productividad al afectar la salud física y mental de los trabajadores”¹. El estrés laboral se ha convertido en aspectos claves para las empresas debido principalmente a su influencia negativa tanto en la salud y la seguridad de los trabajadores como en la dinámica de funcionamiento y productividad de la propia organización de trabajo².

Esta situación supone altos costos humanos, sociales y económicos. Así según la Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo³, más de tres millones y medio de trabajadores están sometidos a fuertes ritmos de trabajo y estarían dispuestos a cambiar de trabajo si tuvieran alguna posibilidad. Casi un millón manifiestan poseer más capacidades de las que demanda su puesto de trabajo y aproximadamente más de un millón manifiesta molestias relacionadas con factores psicosociales.

Desde la perspectiva de la salud laboral se estima que el 16 por 100 de las enfermedades cardiovasculares de los hombres y el 22 por 100 de las de las mujeres se deben al estrés relacionado con el trabajo y en las demás enfermedades asociadas al estrés se incluyen los trastornos musculoesqueléticos y problemas de salud mental⁴. Derivado de lo anterior, los costos sanitarios, los correspondientes al abono de subsidios por incapacidad temporal y los procedentes del pago de las pensiones de incapacidad permanente, a cuya situación puede abocar el estrés laboral suponen un coste social elevadísimo que recae mayoritariamente sobre las arcas de la Seguridad Social⁵. También para la empresa el gasto es muy elevado, desde el momento que ha de asumir la repercusión en el absentismo laboral, la baja productividad, los costos de cotización del trabajador en situación de IT, etc. En general, todo lo anterior, es debido bien al desconocimiento de la naturaleza y magnitud del problema o a su forma de gestionarlo, bien porque las empresas centran su atención prioritariamente en otros aspectos más inmediatos o más conocidos por sus gravísimas consecuencias, o bien porque no existe concienciación social del grave problema que puede suponer el estrés laboral en la empresa.

(1) DOLAN, S.: “Organizaciones estresadas. ¿Por qué y cómo la Dirección de RRHH puede intervenir?”, en www.ufflo.edu.ar

(2) Según datos de la Encuesta Europea sobre Condiciones de Trabajo de 1996, el estrés en el trabajo como problema de salud afecta a un 28 por 100 de los trabajadores siendo las principales condiciones adversas, al respecto, los fuertes ritmos de trabajo (54 por 100), la monotonía (37 por 100) y la repetitividad (45 por 100). Más de 1/3 de los asalariados europeos no tiene ningún tipo de control sobre el ritmo y los métodos de trabajo, ni sobre el orden de realización de las tareas. Tomando datos de Eurostat sobre el volumen total de ocupados en la UE-15 en 2003, y de haberse mantenido constante en los últimos años el porcentaje de afectados, la incidencia del estrés laboral podría estar rondando los 46 millones de trabajadores, www.eurofound.ie/publications/EF0121.htm

(3) INSHT III Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo, MTAS, Madrid, 1999.

(4) SEBASTIÁN GARCÍA, O.: Ponencia presentada en la *Jornada Técnica de Actualización de “los riesgos psicosociales y su prevención: mobbing, estrés y otros problemas”*, Madrid, diciembre 2002, www.mtas/insht/research/posebastian.htm

(5) SEBASTIÁN GARCÍA, O.: *Idem*, evalúa los costos sanitarios asociados al estrés laboral en 20.000 millones de euros anuales en el ámbito de la UE.

El estrés laboral como factor de riesgos psicosociales

Algunos expertos han dado la voz de alarma sobre la evidencia del estrés en la población trabajadora⁶ pero todavía nos cuesta asumir dicha evidencia en buena parte porque se trata de un problema minusvalorado en el campo de la prevención de riesgos laborales. A pesar de que la LPRL en su art. 4 al analizar qué se entiende por condición de trabajo lo hace de forma extensiva incorporando “todas aquellas características del trabajo, incluidas las relativas a su organización y ordenación, que influyan en la magnitud de los riesgos a que esté expuesto el trabajador” y establece como principio de la actividad preventiva la necesidad de “adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de equipos y los métodos de trabajo y de producción con miras en particular, a evitar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud...”

Esta idea de adaptar el trabajo a la persona es lo que se conoce como ergonomía. Dicho vocablo deriva de las palabras griegas *ergos*, que significa trabajo, y *nomos*, leyes, por lo que semánticamente significa “leyes del trabajo”, y se configura como una de las especialidades en materia de prevención de riesgos laborales menos conocida, que tiene como finalidad la búsqueda del bienestar y confort de los trabajadores, es decir, objetivos que van ligados muy estrechamente al bienestar individual y social de los trabajadores con la calidad en la actividad laboral y el empleo. Finalidad que en la mayoría de las empresas todavía no se han concienciado sobre la importancia, o no lo consideran un problema relevante, en buen medida porque a veces se tiene la falsa impresión de que ese “estrés” es un fenómeno subjetivo difícil de delimitar y atender. De ahí que entendamos que es muy importante dinamizar la atención social sobre este riesgo en el propio ámbito empresarial. No cabe duda de que el primer campo de actuación frente a los riesgos psicoso-

**EL OBJETIVO DEL
ACUERDO ES
PROPORCIONAR A
TRABAJADORES Y
EMPRESARIOS UN
INSTRUMENTO PARA
IDENTIFICAR Y PREVENIR
LOS PROBLEMAS
CAUSADOS POR EL ESTRÉS
LABORAL**

(6) LENNART LEVI: ¿La sal de la vida o el beso de la muerte?, *Trabajemos contra el estrés...*, op. cit., pág. 11. Establece que “el estrés relacionado con el trabajo, sus causas y sus consecuencias son muy frecuentes en los quince Estados miembros de la UE. Más de la mitad de los ciento sesenta millones de trabajadores afirman que trabajan muy rápidamente (56 por 100) y con plazos ajustados (60 por 100). Más de un tercio no puede ejercer ninguna influencia en la ordenación de las tareas; el 40 por 100 señala que realiza tareas monótonas (...) un 15 por 100 de los trabajadores se quejan de dolores de cabeza, un 23 por 100 de dolor en cuello y hombros, un 23 por 100 de fatiga, un 28 por 100 de estrés y un 33 por 100 de dolor de espalda. El estrés relacionado con el trabajo continuado es un factor determinante significativo de trastornos depresivos. Éstos constituyen la cuarta causa principal del volumen de enfermedades en todo el mundo. Se prevé que para el año 2020 llegará a ser la segunda causa, detrás de la cardiopatía isquémica, pero delante de todas las demás enfermedades (...). En las encuestas realizadas por la Fundación Europea en 1996 y 2000 sobre las condiciones de trabajo, un 28 por 100 de los trabajadores afirmó tener problemas de estrés, una cifra superada únicamente por las afecciones musculoesqueléticas (30 por 100 y 33 por 100, respectivamente), además los estudios efectuados sugieren que entre el 50 por 100 y 60 por 100 del total de los días laborales perdidos está vinculado al estrés, vid COX, T., RIAL-GONZÁLEZ, E.: “El estrés laboral: panorámica europea”, *Trabajemos contra el estrés...*, op. cit., pág. 4.

ciales, su escenario natural, es la empresa, que habrá de adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar un entorno laboral que propicie la aparición de estas conductas destructivas, corrigiendo de forma inmediata cualquier manifestación de esta naturaleza que pueda presentarse en el seno de la misma. A esta tutela preventiva y a las medidas que proceda adoptar frente a las manifestaciones de este riesgo psicosocial, nos vamos a referir a continuación. Asimismo, en el propio ámbito empresarial, habrá de jugar un papel importante en la materia la actividad que sobre el particular despliegue la representación sindical y unitaria de los trabajadores, y por supuesto la negociación colectiva.

En este último sentido, cabe destacar el Acuerdo Europeo sobre el estrés firmado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones Industriales de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de las Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública y de las Empresas de Interés Económico General (CEEP)⁷. Este Acuerdo enfatiza que el estrés puede afectar a cualquier centro de trabajo y a cualquier trabajador, con independencia del tamaño de la empresa, el campo de actividad, o la forma de contrato o relación laboral. De ahí la importancia de afrontar el estrés laboral, tal y como refleja el Acuerdo para mejorar la eficiencia, así como la salud y la seguridad de los trabajadores, con los consiguientes beneficios económicos y sociales para empresarios, trabajadores y la sociedad en general.

Por ello, el objetivo del Acuerdo es proporcionar a trabajadores y empresarios un instrumento para identificar y prevenir los problemas causados por el estrés laboral. Entre las medidas que se proponen como ejemplo se encuentra en primer lugar, la formación de los directivos y trabajadores para que comprendan las causas del estrés, así como la forma de tratarlo. Y en segundo lugar, se solicita un aumento de la información y las consultas con los trabajadores, para clarificar los objetivos de la empresa, el papel de cada individuo y la organización del trabajo. Medidas estas esenciales para prevenir, eliminar o reducir, pues el Acuerdo Europeo aunque sostiene que el estrés no es una enfermedad, sí que reconoce que una exposición prolongada puede reducir la eficacia en el trabajo y puede ser origen de una patología que implique un deterioro de la salud del trabajador.

2. EL ESTRÉS LABORAL

El estrés es uno de los riesgos emergentes más importantes en el ámbito de la salud laboral como vienen demostrando las diferentes encuestas sobre condiciones de trabajo⁸. Desde el campo de la salud mental el estrés ha sido definido como “la respuesta del organismo a un estado de tensión excesiva y permanente que se prolonga más allá de

(7) De 8 de octubre de 2004, consúltese en www.etuc.org. Las negociaciones entre CES, UNICE, UEAPME y CEEP sobre el estrés vinculado al trabajo, estuvieron previstas en la Agenda de política social de la Unión Europea para 2000-2005 y en el programa de trabajo del diálogo social de la UE para 2003-2005.

(8) III y IV Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo del INSHT, www.insht.es

El estrés laboral como factor de riesgos psicosociales

las propias fuerzas”⁹, es decir, es una situación de agotamiento extremo. Agotamiento relacionado con el desarrollo del trabajo, del que el trabajador en muchas ocasiones es ajeno al mismo, porque la actividad en una empresa está sometida a exigencias o expectativas no vinculadas por las capacidades o necesidades del trabajador, sino más bien se vinculan a factores económicos, técnicos, organizativos y de la producción. Por lo que el estrés laboral responde a un modelo de “reacciones emocionales, cognitivas, fisiológicas y de conducta a los aspectos adversos y dañinos del propio trabajo, la organización y el entorno laborales”¹⁰.

Debemos hoy entender que las consecuencias del estrés sobre el trabajador que lo padece lleva acumulados un sobreesfuerzo constante, una tensión emocional y/o intelectual fuerte, un ritmo vertiginoso de vida, siempre abrumado, sobrepasado en las propias posibilidades, permanentemente agobiado, arrastrando un cansancio crónico, tiene su origen en un deficiente diseño de la organización, que minusvalora la importancia de los recursos humanos de la empresa.

El estrés laboral ha sido conceptualado más específicamente con el entorno donde se desarrolla la actividad laboral, como “un estado psicológico que es parte y reflejo de un proceso de interacción entre la persona y su entorno laboral”, entendiéndose como el resultado del conjunto de demandas laborales que pueden convertirse en ocasiones en un resultado negativo para la salud del trabajador¹¹ en relación con determinadas condiciones de trabajo.

Desde esta perspectiva, algunos investigadores¹² entienden que hay dos tipos de riesgos exactos del entorno laboral que pueden provocar estrés laboral, unos son los riesgos físicos vinculados con la seguridad e higiene en el trabajo y por tanto quedan al margen de este estudio —químicos, biológicos, biomecánicos, radiológicos, etc.; y otros, los riesgos psicosociales cuyos factores de riesgo que contribuyen a generar estrés en las condiciones de trabajo. Estos riesgos psicosociales se pueden clasificar en dos grandes grupos, en primer lugar los estresores relativos a la organización del trabajo, en este grupo se encontraría, el conflicto, la ambigüedad de rol, la jornada de trabajo, los tiempos de descanso, las relaciones interpersonales, dificultades de comunicación, posibilidades de promoción. Y en el segundo grupo, los factores relacionados con la tarea cuyos principales estresores son la inadecuada carga mental de trabajo y la falta de control sobre la tarea. La exposición a estos factores de riesgo está íntimamente ligada con la existencia del estrés laboral, que viene a concebirse a *grosso modo* como un puente entre los factores descritos anteriormente y los daños que en el trabajador pueden causar, de forma que englobaría “un estado psi-

(9) ROJAS, E.: *La ansiedad*, Temas de hoy, Madrid, 2004, pág. 55.

(10) DIAMANTOPOULOU, A.: “Europa bajo los efectos del Estrés”, *Trabajemos contra el estrés*, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo.

(11) VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo*, Gestión 2000, Barcelona, 2005, pág. 69.

(12) COX, T., RIAL GONZÁLEZ, E.: “El estrés laboral: panorámica europea”, *Trabajemos contra el estrés...*, op. cit., pág. 4.

cológico que es parte y reflejo de un proceso de interacción entre la persona y su entorno laboral”¹³.

Su incidencia en quien padece estrés laboral se manifiesta en un deterioro de la salud a través del padecimiento de enfermedades, que los Tribunales del orden social cada vez con mayor frecuencia vienen calificando como contingencia profesional¹⁴. Se trata de enfermedades de carácter psicológico y enfermedades de carácter somático. Entre las primeras estaría el burn-out o desgaste psíquico, depresión, malestar psicológico, deterioro de la autoestima, tensión emocional, falta de compromiso con el trabajo. Entre las enfermedades somáticas se encontraría la sudoración en las manos, dolores en las articulaciones, problemas de insomnio, alteraciones gastro-intestinales o de la presión arterial, problemas de vista¹⁵, etc. Ello lleva aparejado unos grandes costes económicos y de seguridad social como anteriormente hemos manifestado.

En definitiva, desde una perspectiva preventiva, es necesario afrontar de manera directa el conjunto de problemas psicosociales en el seno de la organización empresarial, pues la prevención es rentable a la empresa y repercute en la satisfacción, calidad y confort que todo trabajador desea en el desarrollo de su prestación laboral. Para ello toda empresa que pretenda conseguir y mantener el máximo bienestar mental, físico y social de sus trabajadores necesita disponer de políticas y procedimientos que adopten un enfoque totalizador de la salud y la seguridad.

En este sentido, es importante la identificación de los problemas del estrés laboral que precisa el Acuerdo Europeo señalado anteriormente. Este Acuerdo describe el estrés laboral como “un estado, que viene acompañado de quejas o disfunciones físicas, psicológicas o sociales, y que resulta del sentimiento de incapacidad de los individuos para cumplir los requisitos o expectativas depositadas en ellos”. El reconocimiento de las causas que provocan el estrés laboral debe partir de un análisis de los factores organizativos (jornada de trabajo, falta de autonomía, adecuación del trabajo a las capacidades de los trabajadores, volumen de trabajo, etc.), las condiciones y el desarrollo del trabajo (comportamientos abusivos, ruido, calor, sustancias peligrosas, etc.), la comunicación (incertidumbre laboral, nulas perspectivas de promoción, etc.), y los factores subjetivos (presiones emocionales y sociales). Ello viene a significar que el Acuerdo se circunscribe a los supuestos en los que el estrés es provocado fundamentalmente por elementos relacionados con el propio trabajo. Tarea que es responsabilidad de la empresa.

(13) VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.: *Mobbing...*, op. cit., pág. 69.

(14) Entre otras muchas, SSTSJ País Vasco de 29 de junio de 2004 (As. 1858), Navarra de 23 de marzo de 2004 (As. 1072), Asturias de 19 de marzo de 2004 (JUR 2004/127848), Cataluña de 21 de enero de 2004 (As. 1298), Madrid de 1 de diciembre de 2003 (JUR 2004/94456), Baleares de 25 de octubre de 2003 (JUR 2004/56716), Castilla y León (Valladolid) de 10 de junio de 2003 (JUR 2003/178162), Galicia de 4 de abril de 2003 (JUR 2003/217748), Murcia de 9 de abril de 2001 (JUR 2001/171942), etc., en este sentido, vid. COLLADO GARCÍA, L.: *Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral (–mobbing–), diferencias con otras figuras afines*, CGPJ, Madrid, 2005 (en prensa).

(15) PEIRO, J.M.: “El estrés laboral: una perspectiva individual y colectiva”, *Trabajo y Salud*, núm. 13, 2001, pág. 15.

3. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA EMPRESA

El empresario viene obligado por imperativo legal a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo¹⁶, lo que le convierte en garante de la seguridad y salud de los trabajadores, de forma que, “no se trata ya sólo de que el empresario esté obligado a intentar que la salud y la seguridad de los trabajadores no sufra merma ni lesión como consecuencia del desempeño de un trabajo”¹⁷, sino que la ley le exige la garantía de que el resultado lesivo no va a producirse, y además esa garantía de seguridad viene referida a “todos los aspectos relacionados con el trabajo” (art. 14.2 LPRL). El citado precepto legal le impone la obligación de que la protección ha de ser “eficaz”, lo que supone que si el riesgo se activa y el daño se produce, las medidas adoptadas no habrán sido suficientes o adecuadas al fin propuesto, pudiendo ser el fundamento de la exigencia de responsabilidad a la empresa, siempre que se acredite la existencia de conexión entre la actuación empresarial, o su pasividad, y la producción del daño¹⁸.

Junto al deber general de seguridad que se contiene en el citado art. 14 LPRL, la propia norma regula un conjunto de deberes instrumentales orientados a hacer efectiva la seguridad y salud de los trabajadores en el entorno laboral, deberes que se concretan en la evaluación de los riesgos laborales, la información de las condiciones de seguridad, la formación de los trabajadores, la vigilancia y control del estado de la salud, las vías de consulta y participación de los trabajadores en materia de prevención, cuyos mecanismos resultan de plena aplicación y utilidad para la prevención de los riesgos psicosociales.

Así pues, aun cuando el recurso a la técnica de prevención de riesgos laborales pueda presentar una orientación morbosa o patológica respecto a los trabajadores, que la haga insuficiente como mecanismo de reacción frente a patologías psicológi-

LA PROPIA LPRL CONTIENE PREVISIONES LEGALES QUE PERMITEN LA INCLUSIÓN DE LOS RIESGOS PSICOSOCIALES ENTRE LAS CONTINGENCIAS A PREVENIR

(16) Véanse art. 14 LPRL en relación con los arts. 4, 15 y siguientes de la misma Ley y arts. 4.2.d), 5.b) y 19.1 ET. Esta obligación cubre igualmente los problemas del estrés laboral, vid. apartado 5 del Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral.

(17) APARICIO TOVAR, J., GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pag. 107.

(18) Nuestros tribunales vienen declarando que el alcance del deber de seguridad impuesto al empresario no se agota con proporcionar medios de protección adecuados, sino que es necesario que la empresa exija y vigile la utilización de dichos medios al objeto de que la protección resulte eficaz. En este sentido, vid. SSTs, Sala Tercera, de 3 de marzo de 1998 (Ar. 2307); 18 de febrero de 1997 (Ar.1107); 27 de marzo de 1998 (Ar. 2869), etc.

cas resulta útil como punto de partida, máxime teniendo en cuenta que la propia LRPL contiene previsiones legales que permiten la inclusión de los riesgos psicosociales entre los riesgos a prevenir, al disponer que se entiende como riesgo laboral “la posibilidad de que un trabajador sufra un determinado daño derivado del trabajo” (art. 4.2 LPRL), y considerar como tal daño “las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo u ocasión del trabajo” (art. 4.3 LPRL), de forma que sin forzar la interpretación de la norma resulta que la prevención de este riesgo¹⁹ tiene encaje en la LPRL, pudiendo sancionarse la tolerancia o pasividad empresarial ante conductas que puedan ser calificadas de psicológicas, máxime teniendo en cuenta que en la relación laboral el trabajador tiene como derecho básico el respeto a su integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene. Por tanto, el planteamiento idóneo para abordar el estrés laboral en la empresa comienza con la prevención de las causas que originan tal situación. En este sentido dicha prevención debe ir dirigida a actuaciones concretas relacionadas con los aspectos organizativos y colectivos, más que sobre medidas particulares de cada individuo²⁰, al entender que el problema del estrés laboral es causal inherente a la propia organización empresarial.

Centrándonos pues en la forma de llevar a cabo la prevención de riesgos psicosociales en la empresa, resulta de interés clasificar las distintas actividades a realizar, distinguiendo entre prevención primaria, secundaria o terciaria²¹, imponiéndose en cada uno de estos niveles la adopción de medidas diferentes en orden a conseguir que el riesgo no se active, a detectar su presencia y a poner en funcionamiento mecanismos de rehabilitación o de reeducación cuando se haya producido el daño psicológico. Sin olvidar que es responsabilidad del empresario la determinación de las medidas para prevenir el estrés, de eliminarlo o de reducirlo. Estas medidas deben ser puestas en la práctica “con la participación y colaboración de los trabajadores y/o de sus representantes”²².

(19) MARTÍN DAZA, F. (NTP 349): “Prevención del estrés: intervención sobre el individuo”, clasifica las técnicas preventivas del estrés en: “Generales: tienen el objetivo de incrementar en el individuo una serie de recursos personales de carácter genérico para hacer frente al estrés; Cognitivas: su finalidad sería cambiar la forma de ver la situación (la percepción, la interpretación y evaluación del problema y de los recursos propios); Fisiológicas: están encaminadas a reducir la activación fisiológica y el malestar emocional y físico consiguiente; Conductuales: tienen como fin el promover conductas adaptativas: dotar al individuo de una serie de estrategias de comportamiento que le ayuden a afrontar un problema.”

(20) MARTÍN DAZA, F., NOGAREDA CUIXART, C. (NTP 438): “Prevención del estrés: intervención sobre la organización”, establecen que la falta de intervención sobre este tipo de problemas es debida generalmente a una serie de factores: “el mayor conocimiento de los directivos de muchas empresas sobre el ‘funcionamiento técnico o económico’ de la empresa que sobre el funcionamiento humano; la falta de concreción con la que es presentado este problema a los directivos; la falta de convencimiento acerca de la magnitud del coste de estos problemas o a la desconfianza respecto a que el coste que ocasionan estos problemas, sea controlable mediante la planificación, la organización y la gestión; la falta de relación entre las metas de la prevención y los objetivos de la dirección.

(21) SEBASTIÁN GARCÍA, O.: “Ponencia...”, *op. cit.*

(22) Apartado 4 del Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral.

A) Prevención primaria

Para evitar el estrés laboral en una empresa lo primero que hay que determinar son los aspectos concretos de una determinada organización que pueden ser causantes del estrés. Dicha determinación comprendería la prevención primaria, que se refiere a las acciones dirigidas a reducir o eliminar los factores de estrés, es decir, tiene por objeto eliminar sus orígenes y las causas que lo producen, de forma que en esta primera fase se impone la adopción de medidas por parte de la empresa orientadas a eliminar un ambiente de trabajo hostil, competitivo, con alto nivel de presión en cuanto a los objetivos a conseguir²³, dejando claro ante la plantilla el compromiso ético de la empresa de impulsar un entorno libre de estrés y el propósito de promover un ambiente de trabajo saludable.

El abanico de actuaciones posibles a realizar en esta fase de prevención es muy amplio, apuntando, entre otras, las siguientes:

- Explicación de la política de la empresa sobre el estrés laboral, con exposición de directrices claras sobre el particular.
- Incentivo de la colaboración y fluidez de las relaciones interpersonales, tanto dentro del mismo nivel como con los superiores jerárquicos.
- Garantizar a los trabajadores el derecho a formular quejas sobre la materia sin sufrir represalia alguna, regulando un procedimiento sencillo para efectuar la queja en el que se garantice la confidencialidad de quien la realiza.
- Formación de directivos y cuadros intermedios en temas relacionados con la administración de recursos humanos y la solución de conflictos en el ámbito laboral.
- Delimitar con claridad las funciones del personal para evitar fricciones competenciales.
- Articular un sistema de audiencia de los trabajadores, que les permita expresar libremente su opinión en materias relativas con el funcionamiento de la empresa y al comportamiento de los superiores jerárquicos.
- Prestar especial interés a la formación de los trabajadores en materia de riesgos psicosociales.
- Evitar al máximo la precariedad laboral y regular sistemas de promoción profesional basados en criterios objetivos y democráticos.
- Desarrollar programas de integración de los trabajadores de reciente incorporación a la empresa.

(23) Diversos estudios señalan algunos aspectos como los que más comúnmente originan este problema: demandas de trabajo excesivas, ritmo de trabajo impuesto, ambigüedad y conflicto de rol; malas relaciones personales, estilos de dirección y supervisión inadecuados, falta de adaptación al puesto, grandes responsabilidades, inestabilidad en el empleo, realización de tareas peligrosas, en NTP 438 www.mtas.es/insht/

– Establecer cuáles son las consecuencias del desarrollo de conductas contrarias a los valores éticos propugnados y las sanciones que de ellos se derivan.

B) Prevención secundaria

Esta fase de la prevención tiene por objeto detectar aquellas conductas, actuaciones o comportamientos en el seno de la organización empresarial y tratar tempranamente las alteraciones de la salud –depresión y ansiedad– a través de la concienciación de los trabajadores y la promoción por parte de la empresa de estrategias de control del estrés laboral, y cuya manifestación, en su caso, evidenciaría que el deber general de seguridad no ha sido suficientemente eficaz.

Es en este momento cuando deberá llevarse a cabo por la empresa la evaluación de los riesgos psicosociales, teniendo en cuenta que existen cuatro grandes grupos de riesgo que pueden darse en cualquier puesto de trabajo²⁴:

- Exceso de exigencias psicológicas del trabajo²⁵.
- Falta de control sobre los contenidos y las condiciones de trabajo y de posibilidades de desarrollo²⁶.
- Falta de apoyo social, de calidad de liderazgo, de previsibilidad o de claridad de rol en el trabajo²⁷.
- Escasas compensaciones en el trabajo²⁸.

La realización de la evaluación de riesgos por la empresa, o la propia autoevaluación realizada por los trabajadores²⁹, permite conocer con un alto grado de fiabilidad la existencia

(24) Véase sobre el particular el Método ISTAS 21 para la autoevaluación de riesgos psicosociales en el trabajo. Adaptación para el Estado español del Cuestionario Psicosocial de Coopenaguen, septiembre 2003. Información en www.istas.ccoo.es

(25) Trabajo a ritmos muy elevados; distribución irregular de tareas; acumulación de trabajo con imposibilidad de llevarlo al día; imposibilidad de olvidar los problemas derivados del trabajo fuera de la empresa, etc.

(26) Nula influencia sobre la cantidad de trabajo asignada y sobre el orden en que se realizan las tareas; no contar con la opinión del trabajador, falta de iniciativa en el trabajo; trabajo repetitivo, no implicación en el funcionamiento de la empresa, etc.

(27) Trabajo aislado, sin apoyo de superiores o de compañeros, con tareas mal definidas o sin la información adecuada etc.

(28) Temporalidad del contrato, cambio de puesto de trabajo no deseado, falta al respeto al trabajador, trato injusto, etc.

(29) Resulta de particular interés y especialmente recomendable el Método ISTAS 21 de autoevaluación de riesgos psicosociales en el trabajo. Para practicar la autoevaluación el trabajador asigna una puntuación a 30 preguntas, distribuidas en seis bloques (exigencias psicológicas, trabajo activo y posibilidades de desarrollo, inseguridad, apoyo social y calidad de liderazgo, doble presencia y estima), con la suma de cada bloque se comprueba el nivel de exposición psicosocial del trabajador, que se subdivide en tres tramos o intervalos: verde que refleja un nivel favorable de exposición; amarillo con nivel intermedio, y rojo con alto y desfavorable nivel de exposición para la salud.

El estrés laboral como factor de riesgos psicosociales

en la empresa de situaciones que puedan dañar la salud de los trabajadores, produciendo ansiedad, sensación de angustia, depresión, etc., lo que posibilita la adopción de una política de empresa que elimine las causas del riesgo psicológico y por supuesto del estrés, en el caso de que se hubieran detectado conductas generadoras del mismo.

Sobre el particular, para impedir que los riesgos psicosociales dañen la salud de los trabajadores, la empresa puede adoptar, entre otras, las medidas siguientes³⁰:

- Exigir niveles de productividad adecuados.
- Facilitar la intervención de los representantes de los trabajadores en la medición de tiempos, intentando que los rendimientos sean fruto del acuerdo entre las partes.
- Eliminar sistemas de control de los trabajadores en la empresa que impidan un cierto nivel de privacidad.
- Rechazar categóricamente las prácticas directivas autoritarias.
- Trasladar temporal o definitivamente de lugar de trabajo a los directivos o mandos intermedios que originen una situación de conflicto generalizado con los trabajadores a su cargo.
- Garantizar un sistema de ascensos basado en el mérito y la capacidad, excluyendo el favoritismo como guía de promoción en el trabajo.
- Atajar de inmediato las conductas que persigan el linchamiento moral del trabajador por razón de sexo, raza, religión, ideología, etc.
- Facilitar la compatibilidad de la vida familiar con el trabajo.

C) Prevención terciaria

Esta fase de prevención tiene por objeto la rehabilitación o recuperación de los trabajadores que han sufrido o sufren problemas graves de salud derivados del estrés laboral.

**EL APOYO SOCIAL ES
CLAVE PARA DESTERRAR
CONDUCTAS GENERADORAS
DE CONFLICTOS QUE
CONducEN A LA
COMPETITIVIDAD O EL
INDIVIDUALISMO FRENTE A
LA SOLIDARIDAD**

(30) Véanse medidas y propuestas con carácter exhaustivo en Método ISTAS 21 citado.



Cuando el estrés laboral ha producido daños en la salud del trabajador, su recuperación debe producirse fuera del ámbito empresarial, ya que resulta más que probable el inicio de una situación de incapacidad temporal, que normalmente se tramita como contingencia común, calificándose la causa de la baja como depresión, ansiedad, agotamiento, etc. Lo anterior no significa que la empresa haya de permanecer inactiva en tales supuestos, aquietándose a la situación de baja laboral del trabajador. Si como venimos sosteniendo el estrés tiene un origen causal, parece evidente que, salvo aquellos supuestos en los que el estrés proceda del propio trabajador, se impondrá la adopción de las medidas necesarias a fin de evitar el deterioro total en la salud de quien la padece. Esta situación exige, en el marco del poder de dirección empresarial, poner en práctica medidas concretas de traslado de puesto de trabajo, mayor información y formación de los trabajadores en la materia, reiteración de los principios éticos sobre los que se asienta la estructura organizativa empresarial, e incluso la adopción de medidas disciplinarias frente al responsable de producir la situación de estrés laboral, de forma que no quede impune el daño irrogado a la salud del trabajador y el deterioro de las relaciones laborales en la empresa³¹.

No hay que olvidar que el empresario, en su condición de garante de la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, viene obligado a intervenir activamente para corregir de inmediato los comportamientos lesivos a la salud de los trabajadores, ya que lo contrario supone el incumplimiento de obligaciones normativamente exigibles y el nacimiento de responsabilidad. En definitiva, el empresario viene obligado a modificar la política de personal, mejorar los sistemas de comunicación, rediseñar los puestos de trabajo, etc. Más en concreto y como se ha apuntado doctrinalmente³² en los supuestos de acoso moral, el empresario puede recurrir a la separación funcional o geográfica del acosador y acosado con amparo en los arts. 39 y 40 ET, debiendo, por razones de justicia material, afectar la movilidad al hostigador; y también puede ejercer su poder disciplinario al amparo de lo establecido, en el art. 54.2 ET. Recursos plenamente aplicables ante la existencia de un concreto estrés laboral, desencadenado por la falta de apoyo social, elemento fundamental en el ejercicio de toda actividad laboral, entendido como el “conjunto de transacciones interpersonales que implican la expresión de afecto positivo, la afirmación, el respaldo de los valores y creencias de la persona y la provisión de ayuda o asistencia”³³. Es muy impor-

(31) Existen diferentes estilos de dirección, los expertos vienen considerando que el más exitoso en la eliminación del estrés laboral es el estilo denominado “dirección por objetivos” que presenta las siguientes ventajas: “la identificación del trabajador con la empresa, al conectar los objetivos del individuo con los de la organización hace que subordinados y superiores estén identificados en metas comunes; la participación de los trabajadores. La implicación de los subordinados en la fijación de metas además de fomentar la participación hace que los objetivos sean más realistas y aceptables por todos los individuos; La responsabilidad del trabajador. Define una mayor área de responsabilidad del trabajador en términos de resultados esperados al poder tomar sus decisiones en lo referente a esa área; la autonomía e iniciativa. Se le da la oportunidad al trabajador de organizarse en aspectos como su ritmo de trabajo o sus pausas, sin ser interferido mientras el trabajo siga la línea de los objetivos marcados”, vid. NTP 438.

(32) AGRA VIFORCOS, B., FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., TASCÓN LÓPEZ, R.: “El acoso moral en el trabajo (mobbing): análisis sobre la limitada respuesta jurídica a un antiguo problema de reciente estudio y futura solución (legal)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 233-234, 2002, págs. 22 y ss. En igual sentido, CÁVAS MARTÍNEZ, F.: “El acoso moral en el trabajo...”, *op. cit.*, págs. 1 a 6.

(33) SEBASTIÁN GARCÍA, O.: “Los riesgos...”, *op. cit.*

El estrés laboral como factor de riesgos psicosociales

tante el ambiente en el trabajo, el entorno laboral, pues determina de manera importante el apoyo social del trabajador. Este nuevo concepto –apoyo social del trabajador– está relacionado con el estrés y la salud en general y con el estrés y la salud laboral en particular, y va a ser la clave para desterrar conductas y comportamientos individuales generadores de conflictos que en definitiva conllevan a la competitividad o el individualismo frente a la solidaridad.

El apoyo social reduce el estrés, mejora la salud y modula el impacto del estrés laboral. Aunque el término “apoyo social”, provenga del campo de la psicología, y sea un concepto “extraño” e “inusual” en el ámbito del derecho del trabajo, lo cierto es que en la actualidad, está siendo asumido con cierto arraigo y como concepto propio en el ámbito de la prevención de los riesgos psicosociales y aunque tiene diversas conceptualizaciones, en el ámbito de la organización empresarial el apoyo social debe ser entendido como “el grado en que las necesidades sociales básicas se satisfacen a través de la interacción con los otros”³⁴.

De ahí que, el apoyo social en la empresa deba ser un elemento o característica inherente al propio ambiente laboral, por lo que un buen ambiente previene el estrés laboral y exige la adopción de medidas por parte de la empresa que impidan un ambiente de trabajo libre de riesgos. Además, junto a las mejoras generales del entorno psicosocial, se hace necesaria la creación de una cultura organizativa con normas y valores contra el estrés, que posibilite dar a conocer la problemática del mismo a todos; investigar el alcance y la naturaleza del problema; distribuir normas y valores en todos los niveles de la organización para garantizar que todos los empleados los conocen y respetan.

4. ESTRATEGIAS SINDICALES DE INTERVENCIÓN FRENTE AL ESTRÉS LABORAL

La representación unitaria y sindical³⁵ en la empresa protagoniza un papel destacado en la prevención del estrés laboral tanto por la vía de concienciar a los trabajadores sobre la magnitud del problema, con llamamientos a favor de la denuncia de las conductas generadoras de estrés laboral como por la de negociar colectivamente procedimientos de solución de conflictos de esta naturaleza, o finalmente prestando apoyo de todo tipo, incluido el jurídico, para la defensa de los trabajadores que vean mermada su salud como consecuencia del estrés laboral.

A) Sensibilización de los trabajadores respecto de los daños a la salud que pueden provocar estrés laboral

El derecho de los trabajadores a desarrollar su trabajo en entornos libres de estrés laboral plantea de nuevo el problema de los límites al poder de dirección del empresario ya que

(34) PÉREZ BILBAO, J., MARTÍN DAZA, F.: “El apoyo social”, NTP núm. 439, entienden que los factores principales que determinan la frecuencia y calidad del apoyo social son la tendencia a prestar atención a las personas (orientación hacia las personas) y de estilo participativo, la estabilidad emocional, la extraversión, la capacidad de escucha empática y activa y la asertividad.

(35) Enfoque muy didáctico y actual en BAYLOS GRAU, A.: *Sindicalismo y libertad sindical*, Bomarzo, Albacete, 2ª, ed., 2005, págs. 31 a 51.

mediante el contrato de trabajo se institucionaliza en la empresa una relación de poder del empresario, no sólo de carácter económico sino también social³⁶, y aun cuando en un estado social y democrático de derecho, como se califica el nuestro, el desarrollo de los derechos colectivos de los trabajadores sirve de contrapunto al poder empresarial, intentando un reequilibrio entre capital y trabajo, es lo cierto que la igualdad de partes dista de ser real, de forma que el propio ordenamiento es proclive al establecimiento de formas autoritarias de organización del trabajo, en las que el desarrollo de comportamientos agresivos y hostiles encuentra un marco propicio para su aparición.

En este contexto, a los sindicatos les corresponde, tanto dentro como fuera de la empresa, el importante papel de sensibilizar a la opinión pública en general y a los trabajadores en particular, acerca de los devastadores efectos que el estrés laboral puede producir en la salud de los trabajadores, así como en sus economías y en la de las empresas, dando cuenta de la trascendencia social del fenómeno.

No debe olvidarse que en la exposición a los factores de riesgo psicosocial, el estrés laboral sirve de enlace entre los potenciales riesgos y los daños para la salud, y que no es infrecuente que cuando se producen van acompañados de un aislamiento de quien lo sufre respecto del resto de trabajadores, presentándose en ocasiones al trabajador que los padece (depresión, fatiga, ansiedad) como una persona desequilibrada y única responsable de la situación.

Es por ello que la estrategia sindical en la empresa frente a situaciones de estrés laboral debe pasar por la comunicación, comprobar la realidad del estrés, exponer ante la dirección las condiciones de trabajo que puedan ser constitutivas de estrés y, en el supuesto de que exista una actuación pasiva, denunciar tales comportamientos ante la Inspección de Trabajo o facilitar el apoyo jurídico a los trabajadores afectados, ejerciendo acciones en su nombre para conseguir ante los tribunales el cese de tales comportamientos.

En otro orden de actuaciones resultaría imprescindible hacer lo necesario para impedir el aislamiento del trabajador estresado, lo que supone no sólo prestarle el apoyo que precise, sino también solidarizarse con él mismo para hacer ver al conjunto de la plantilla que se trata de una situación motivada por una mala organización del trabajo tratando así de construir o conformar un bloque homogéneo de apoyo social del resto de la plantilla.

B) Formulación de propuestas

Con independencia de las actividades que con carácter general debe desplegar la representación sindical de los trabajadores, y en su caso la representación unitaria, parece conveniente que ante supuestos concretos de estrés laboral la dirección de la investigación

(36) BAYLOS GRAU, A.: *Las relaciones laborales en España 1978-2003. Desde la Constitución hasta nuestros días*, Fundación Sindical de Estudios, Madrid, 2003, págs. 16 y 17.

El estrés laboral como factor de riesgos psicosociales

se asuma por el comité de seguridad y salud, y en aquellas empresas que no cuenten con dicho organismo –principalmente las de menos de 50 trabajadores– por los delegados de prevención.

La circunstancia de que en las reuniones del comité de seguridad y salud participen con voz y sin voto los delegados sindicales³⁷ y el hecho de que también puedan existir trabajadores que cuenten con “información respecto de concretas cuestiones...”, posibilita que dicho órgano pueda convertirse en instrumento eficaz para investigar las posibles situaciones de estrés laboral en la empresa, máxime teniendo en cuenta que entre sus competencias figura la de promover iniciativas para la efectiva prevención de los riesgos [art. 39.1.b) LPRL], estando facultando para “conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas” [art. 39.2.c) LPRL], por lo que el cauce adecuado para la investigación del estrés laboral habrá de ser el citado comité de seguridad y salud.

Igualmente, sin necesidad de que se produzcan denuncias sobre la existencia de estrés laboral, dicho comité puede asumir iniciativas sobre evaluación o autoevaluación de riesgos psicosociales [art. 39.1.a) LPRL], con la finalidad de conocer en todo momento, de forma dinámica y permanente, si el trabajo se desarrolla en un entorno libre de estrés.

C) El papel de la negociación colectiva y de los Acuerdos de Empresa: el Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral y su transposición al ordenamiento interno

Aun cuando las cuestiones relativas a la salud laboral de los trabajadores vienen incorporándose paulatinamente a la negociación colectiva³⁸, aunque de forma incipiente, es lo cierto que el estrés laboral en el trabajo por el momento no ha sido objeto de tratamiento específico en los convenios colectivos.

Sin embargo, la realidad denota un cambio en la materia, fundamentalmente por la firma del reciente Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral firmado por los cuatro sindicatos más

**LAS CONDICIONES
DE TRABAJO SON LAS
CAUSAS QUE PRODUCEN
ESTRÉS LABORAL EN
LOS TRABAJADORES POR
LO QUE LAS MEDIDAS
A TOMAR DEBEN SER
COLECTIVAS Y NO
INDIVIDUALES**

(37) Art. 10 LOLS y art. 38.2 LPRL.

(38) Véase, sobre el particular, el interesante trabajo de ISTAS, sobre Salud laboral en la negociación colectiva en España (1995-2002), recopilación de buenas cláusulas, Madrid, 2003.

grandes de la Unión Europea y CEEP, UNICE y UEAPME, lo cual representa un paso muy importante en el desarrollo del diálogo social bipartito y autónomo, dirigido a impulsar la consideración y la regulación en las relaciones laborales de una cuestión que puede afectar de forma importante “en el clima sociolaboral de las empresas y en la salud de los trabajadores en Europa”³⁹. Dichas negociaciones estuvieron previstas en la Agenda de política social de la UE para 2000-2005 y en el programa de trabajo del diálogo social de la UE para 2003-2005. Todavía es pronto —dada su reciente elaboración— para saber cuáles serán los efectos que sobre su aplicabilidad conllevarán las políticas preventivas y reparadoras en esta concreta materia del estrés laboral. No obstante, dada la importancia y relevancia que esta materia está provocando en la salud de los trabajadores, es preciso en este momento, “aventurar su aplicabilidad” sobre la base y en virtud del art. 139.2 del Tratado Constitutivo de la UE⁴⁰.

En este sentido, para iniciar la ejecución de un Acuerdo de esta naturaleza concluido a nivel europeo, los sindicatos pueden bien, solicitar a la Comisión que transmita su acuerdo al Consejo y que éste lo transforme posteriormente en una legislación colectiva; bien contar con sus miembros para asegurar la ejecución según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los estados miembros. Ambas opciones no son incompatibles. No obstante, consideramos que lo deseable⁴¹, en aras de una mayor generalización de sus contenidos a todos los estados miembros de la UE, hubiera sido que se hubiera dotado de eficacia el Acuerdo a través de una decisión comunitaria del Consejo a propuesta de la Comisión, a tenor del art. 139.2 CE. Dicha decisión comunitaria hubiera adoptado la forma normativa de Directiva posibilitando así la eficacia directa del Acuerdo Marco sobre estrés laboral, de tal manera que la fuerza vinculante que se desplegara no provendría del Acuerdo Europeo negociado con los interlocutores europeos, sino de la Directiva, único instrumento normativo que posibilitaría la eficacia directa del Acuerdo Europeo negociado.

Sin embargo tal posibilidad no ha sido posible. Este Acuerdo va a recibir su eficacia a través de los sistemas nacionales de negociación colectiva, por lo que los destinatarios de este Acuerdo Marco “autónomo” u “ordinario”⁴² sobre estrés laboral son las organizacio-

(39) Observatorio de Relaciones Industriales, Boletín CES núm. 74 (octubre 2004).

(40) Corresponde al art. III-212 Constitución Europea, si bien no hacemos referencia a la misma al entrar “en vigor el 1 de noviembre de 2006, siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del segundo mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad” (art. IV-447).

(41) Otras materias han seguido este procedimiento, D96/34/CE sobre permiso parental, D97/81/CE sobre trabajo a tiempo parcial, D 99/70/CE sobre trabajo de duración determinada; GALLARDO MOYA, R.: “Los acuerdos colectivos comunitarios fuertes”, en *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva* (coord.: Baylos), Ed. Bomarzo, Albacete, págs. 63 y ss.

(42) Sobre la materia in extenso, BAYLOS GRAU, A.: “La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario”, en *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva* (coord.: Baylos), Ed. Bomarzo, Albacete, págs. 45 a 58.

El estrés laboral como factor de riesgos psicosociales

nes nacionales adheridas o afiliadas a las firmantes del Acuerdo Europeo, y no los Estados miembros de la UE. Esta posibilidad precisamente lo que impone es que la negociación colectiva nacional se articule como instrumento idóneo para la transposición del contenido.

Así realizados estos Acuerdos, reciben su eficacia a través de los diferentes sistemas de negociación colectiva de cada uno de los estados miembros, ello quiere decir que estos Acuerdos carecen de eficacia directa⁴³, pues el art. 139.2 TCE⁴⁴ remite a la obligada interiorización de sus contenidos a cada uno de los ordenamientos internos de los Estados miembros, a través de los sistemas nacionales de negociación colectiva y respetando las propias peculiaridades de cada uno de los sistemas de negociación colectiva⁴⁵. La conclusión del estos Acuerdos, como ha sostenido la doctrina a nivel comunitario no lleva aparejada una garantía estatal de su aplicación homogénea, de ahí la denominación de acuerdos “débiles” por carecer de eficacia directa, aunque “considerados en sí mismos podrían conceptualizarse como acuerdos colectivos comunitarios autónomos u ordinarios”⁴⁶.

¿Cómo se interioriza el contenido de este Acuerdo Europeo sobre el estrés laboral por la negociación colectiva? Al no existir una obligación de interiorizar el Acuerdo en los sistemas nacionales de negociación colectiva, cabría entender que esta interiorización se entiende como un deber de negociar sin garantizar el resultado de la negociación⁴⁷. De ser así y teniendo en cuenta el carácter intersectorial del referido Acuerdo Europeo que tiene como importante objetivo proporcionar a los trabajadores y a los empresarios un instrumento para identificar y prevenir los problemas causados por el estrés laboral, y así mejorar la eficiencia, la salud y seguridad de los trabajadores, con los consiguientes beneficios económicos y sociales para empresarios, trabajadores y la sociedad en su conjunto, y con independencia del sector productivo en el que se presten los servicios. ¿Ha de entenderse que el acuerdo AINC 2005 es una forma de “transponer” este Acuerdo Marco al sistema de negociación colectiva europea? Por el momento, nuestros interlocutores sociales han optado muy recientemente por incorporar el contenido de dicho Acuerdo en el capítulo VII del Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva para el año 2005⁴⁸, en la misma forma que se hizo en el ANC 2003 en relación con el Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo⁴⁹. Ello va a significar que de las posibles vías de transposición del Acuer-

(43) De ahí que se hallan denominado doctrinalmente Acuerdos “débiles”, o “autónomos u ordinarios”, BAYLOS GRAU, A.: “La autonomía colectiva...”, *op. cit.*, pág. 48, “libre o informal”, GALLARDO MOYA, R.: “Los acuerdos colectivos...”, *op. cit.*, pág. 65.

(44) Art. 139.2 TCE: “La aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario se realizará, ya sea según los procedimientos y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros (...)”

(45) BAYLOS GRAU, A.: “La autonomía colectiva en el Derecho Social Comunitario...”, *op. cit.*, pág. 47; SERRANO GARCÍA, J.M.: “La negociación colectiva europea y los acuerdos ‘libres’: la vinculabilidad del Acuerdo europeo sobre el Teletrabajo”, en *La dimensión europea y transnacional de la autonomía colectiva* (coord.: Baylos), *op. cit.*, págs. 110 y 111.

(46) BAYLOS GRAU, A.: “La autonomía colectiva...”, *op. cit.*, pág. 48.

(47) BAYLOS GRAU, A.: “La autonomía colectiva...”, *op. cit.*, pág. 48.

(48) Madrid 28 de febrero de 2005. Téngase en cuenta que este breve estudio se ha cerrado antes de publicarse el AINC.

(49) Sobre el mismo, in extenso SERRANO GARCÍA, J.M.: “La negociación colectiva europea...”, *op. cit.*, págs. 101 a 105.

do Europeo se opta por la fórmula de transposición menos eficaz, pues el AINC 2005 no tiene eficacia normativa, su carácter meramente obligacional, de eficacia limitada, va dirigido meramente a establecer los criterios y orientaciones para acometer los procesos de negociación colectiva en el año 2005. Y habrá que esperar por tanto al desarrollo de la negociación colectiva para ver en qué medida cobran eficacia real las estipulaciones del Acuerdo Marco Europeo.

Finalmente, y como posible solución a tener en cuenta desde la perspectiva de otorgar mayor eficacia a la previsión de los contenidos que sobre el estrés laboral se realiza en el AINC 2005 y sobre todo con el fin de impedir los problemas derivados de la ineficacia normativa del mismo, las partes negociadoras con legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia normativa deberían optar por la vía del art. 83.3 ET –negociando un acuerdo interprofesional– puesto que así se cumpliría el objetivo fijado en el Acuerdo europeo de combatir el estrés laboral y extender sus objetivos a todos los trabajadores de todas las empresas con independencia del sector de producción.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Todo intento es poco para llamar la atención de la importancia que el estrés laboral tiene en el ámbito de la organización empresarial como ponen de relieve las encuestas y estudios de organizaciones empresariales. Sus repercusiones desde distintas perspectivas –económica, salud, social, etc.– ponen de relieve que hay que articular medidas preventivas en las empresas, y así poner freno a los devastadores efectos. Sin embargo, aunque las consecuencias de este problema son importantes, todavía no es habitual encontrar en las empresas la respuesta necesaria para paliar este problema.

Para intentar paliar las graves consecuencias que el estrés laboral tiene consideramos que la prevención es la primera y más útil herramienta, que advierte de las causas que originan el problema y que no debemos olvidar que las condiciones de trabajo (demandas de trabajo excesivas, ritmo de trabajo impuesto, ambigüedad y conflicto de rol, estilos de dirección inadecuados, falta de adaptación al puesto, grandes responsabilidades, inestabilidad en el empleo) son las principales causas que producen estrés laboral en los trabajadores, por lo que las medidas a tomar deben ser principalmente de carácter organizativo, colectivo y no individuales. Y en segundo lugar, los representantes de los trabajadores deben ejercer un papel central en la prevención del estrés laboral. Su actuación puede ir dirigida a concienciar e informar a los trabajadores de los devastadores efectos que sobre la salud produce el estrés, con llamamientos a favor de la denuncia de las conductas generadoras del estrés.

Para hacer frente a esta problemática nos parece positivo pero no suficiente, por las razones anteriormente expuestas, que el preacuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2005, con el objeto de orientar la negociación colectiva, introduzca como materia a tratar el estrés laboral, al entender que el estrés constituye una preocupación cre-

El estrés laboral como factor de riesgos psicosociales

ciente de empresarios y trabajadores y que ha tenido reflejo en el ámbito europeo con la suscripción por los interlocutores sociales europeos de un Acuerdo Marco sobre el estrés laboral, que establece criterios de actuación generales y pautas que pueden servir de base para prevenir y reducir este problema, pero que deben de adaptarse a la realidad de las empresas españolas y un buen momento para ello es la negociación colectiva de 2005 donde se abre una serie de posibilidades en la materia, insuficientemente exploradas hasta el momento y que permitirían afrontar y resolver supuestos de estrés laboral como factor desencadenante de una inadecuada política de prevención de riesgos psicosociales y cuya responsabilidad en determinar las medidas apropiadas incumbe al empresario, y deben ser llevadas a cabo con la participación y la colaboración de los trabajadores y de sus representantes.

El concepto de *mobbing* en España. Teoría y práctica jurisprudencial. Una propuesta para su prueba y proscripción en la universidad¹

JUAN MANUEL DEL VALLE PASCUAL

Jefe del Gabinete de Asesoría
Jurídica de la Universidad
Politécnica de Madrid

MARÍA LLANOS ORTIZ ESPADA

Letrada del Gabinete de Asesoría
Jurídica de la Universidad de
Castilla-La Mancha

JOAQUÍN GÓMEZ PANTOJA CUMPLIDO

Jefe del Gabinete de Asesoría
Jurídica de la Universidad de
Castilla-La Mancha

SILVIA NIETO NEIRA

Letrada del Gabinete de Asesoría
Jurídica de la Universidad de
Castilla-La Mancha

Sumario:

1. “Entre rayos y truenos...”. 2. La meditación, tras el espanto. Acabemos con el *mobbing*.
3. El *mobbing* como fin. 4. Entre el acoso real y el pretendido. A) Supuestos positivos de
mobbing. B) Supuestos negativos de *mobbing*. 5. Todos contra el *mobbing*. La universidad
en armas.

1. “ENTRE RAYOS Y TRUENOS...”

Se ha introducido en el mundo laboral este anglicismo de contenido semántico perturbador, que aun sin entenderlo en su cabal extensión impresiona; lo que no es para menos, porque viene a significar algo así como atropello, asedio, y se conoce como psicoterror, ataque en masa, hostigamiento o acoso a una persona en su mundo laboral. Si la traducción o el engrandecimiento del término no nos corta debidamente la respiración, algunos datos de presentación de esta malhadada figura se van a encargar de hacerlo. Nada menos que “el 15 por 100 de la población activa es víctima de este tipo de agresión continuada y silenciosa” en España, lo que se cifra en 2 millones de personas. Suma y síguese, si tenemos en cuenta también a Finlandia, el Reino Unido, Italia, Portu-

(1) Ponencia presentada en el VI Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria, celebrado entre los días 9 y 11 de junio de 2004, en la Universidad de Málaga.

gal, Bélgica, Suecia y los Países Bajos, pues ya iríamos por 13 millones de trabajadores que han vivido este fenómeno², un millón más de casos que en la misma encuesta de 1995³. Según la investigación publicada por el *British Medical Journal* el 38 por 100 de los empleados entrevistados ha sufrido este cruel fenómeno, y el 42 por 100 ha sido testigo del acoso hacia otros compañeros. Siendo que en tierras de sangre menos caliente que la nuestra, como es el caso de Suecia, entre el 10 y el 20 por 100 de los suicidios se atribuyen al *mobbing*⁴. ¿Estamos ante una auténtica pandemia laboral? De la que dicen que no se escapan ni los funcionarios de élite de la Agencia Tributaria, que padecen este mal en un 22 por 100 de los efectivos⁵.

Sirva como cierre de este primer argumento la terrorífica frase de HEINZ LEYMAN, padre de esta figura jurídica, para situarnos ante este maldito fenómeno: “En las sociedades altamente industrializadas de occidente el lugar de trabajo es el único campo de batalla que queda donde la gente puede matar a otro sin correr el riesgo de enfrentarse a los tribunales”.

Si usted, lector, es dueño de un alma metalizada e insensible a todo lo que no se refleje en cifras de productividad, pérdidas y ganancias, también nuestra prensa profesional le depara las siguientes angustias: “La Organización Internacional del Trabajo ha estimado en unos 24 millones de euros el coste anual directo e indirecto del acoso psicológico en España”⁶. Yendo al detalle, por si sólo interesa el bolsillo de cada cual, en algún procedimiento concreto ha dado lugar a multas o indemnizaciones que rondan los 3 millones de pesetas⁷. Y el fenómeno va en aumento para la Asociación Nacional de Abogados Laboralistas, que estimó que en el segundo semestre de 2002 el acoso moral en el trabajo había crecido un 200 por 100⁸. Explosión, más que inflación galopante.

Si es resistente este foro y el lector de estas líneas a los argumentos dados hasta ahora, o, egoístamente, se sienten poco concernidos con lo que se acaba de exponer, y piensan que el *mobbing* es un problema de otros ambientes laborales, bueno es que tengan en cuenta que “el sector de la educación es uno de los más afectados. Por delante se sitúa la Administración Pública, donde, según el experto, al no poder despedir a un trabajador, se

(2) Diario de noticias *La Ley*. (Especial julio de 2002).

(3) CONCEPCIÓN SÁEZ NAVARRO, M^a.: “Algunas cuestiones sobre el *mobbing* en el trabajo. Comentario a la STSJ de Navarra de 30-4-2001 (AS 2001, 1878)”, *Aranzadi Social*, núm. 10/2001.

(4) Diario de noticias *La Ley*, (Especial julio de 2002).

(5) De entre los 4.120 encuestados, de entre técnicos e interventores, para el V Informe Cisneros que realiza IÑAKI PIÑUEL, Diario ABC del 18 de junio de 2004.

(6) La revista, “Informe”, abril/junio 2002, Lex Nova.

(7) SSTSJ de Valencia de 25 de septiembre de 2001 (*La Ley*, 8644) y de Madrid 18 de marzo de 2002 (*La Ley* 3590).

(8) Diario de noticias *La Ley*, 12-18 de mayo.

El concepto de *mobbing* en España

le agobia y fustiga hasta que abandona”⁹. Nadie puede quedar imperturbable ante estos datos de auténtica tragedia, incluso los más despreocupados de los problemas ajenos, por cuanto pudieran ser propios. O, tal vez, ya lo estén siendo, y no tenemos conciencia de ello.

2. LA MEDITACIÓN, TRAS EL ESPANTO. ACABEMOS CON EL *MOBBING*

La macroeconomía de los problemas jurídicos debe ser campana que llame a reflexión al legislador, para que articule las medidas adecuadas para defender a los más débiles. Antes de ello, tal vez, el Fiscal General del Estado y el Defensor del Pueblo deben mirar atentamente la incidencia social de estas figuras jurídicas en la vida cotidiana de las personas en su tránsito judicial o en la vigilancia de las sedes administrativas. Y, más modestamente, en el terreno de las universidades públicas, ha de operar la reciente figura del Defensor Universitario, del que se ocupa la DA Decimocuarta de la LO 6/2001, de 21 de diciembre (BOE del 24), de Universidades (en adelante, LOU), que ya antes había estrenado su realidad en muchos estatutos de universidades. Pues, como ya hemos advertido en el anterior epígrafe, parece que la administración y la educación sean campos proclives a esta figura, teniendo bien presente que la universidad pública es una y otra cosa, servicio público de la educación superior, territorio abonado —se nos dice—, *comanche*, tal vez, a la sensación de *mobbing*.

Antes de otra cosa, conviene tomar conciencia de que junto al *mobbing* —en cuyo significado nos hemos detenido anteriormente— conviven otra serie de expresiones con un cierto grado de proximidad. Tal es el caso del término *bullying*, que hace referencia a una conducta prepotente, arbitraria y tiránica. A su lado, la expresión *bossing*, que relaciona acciones emprendidas dentro de una empresa, y precisamente efectuadas con un agravante de alevosía jerárquica por el jefe o dirigidas, como agresión en cuadrilla por él, por lo que se distinguiría de la expresión *mobbing*, más propia de una especie de actuación al estilo de fuenteovejuna, sin mandos reconocidos, pero dirigida hacia una persona que generalmente no está revestida de autoridad formal, a la que se quiere desvestir —se nos dice— de

**SE TRATA DE UN ACOSO
QUE PRETENDE ACABAR
CON EL APRECIO QUE
LA VÍCTIMA TIENE A SU
TAREA LABORAL EN UN
DETERMINADO AMBIENTE
EMPRESARIAL**

(9) Diario El Mundo, 16 de diciembre de 2002, en expresión que atribuye al profesor de la Universidad de Alcalá, IÑAKI PINUEL, Director del trabajo Estudio estadístico sobre el *mobbing* Cisneros II, y autor de *Mobbing: Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Editorial Sal Terra.

autoridad moral. Este insidioso campo de batalla tiene mucho que ver con los encuentros y desencuentros entre la autoridad formal y el liderazgo informal. Éste es el marco de tres conceptos que, por sintetizar, se encierran en el que titula nuestro trabajo, que es el que ha hecho –tristemente– fortuna.

Lo primero con lo que hay que acabar es con la mención de esta figura, el *mobbing*, en inglés, y encapsulado en una expresión biensonante que esconde una lacra social, para comenzar a hacer caso al título de este trabajo. Desde luego, lo que es llamativo es que los autores patrios no se hayan puesto de acuerdo sobre el término equivalente al de *mobbing*, pero en castellano. GONZÁLEZ NAVARRO prefiere la expresión de *acoso psíquico en el trabajo* sobre las de *acoso moral* o *acoso psicológico*, y la considera una variedad del *acoso tónico* (del griego *topos*, lugar), para definir la figura de la siguiente manera:

“Relación jurídica de conflicto nacida del ejercicio ilegítimo, continuado y sistemático, por una o varias personas, de un poder ‘conformador’ o ‘domesticador’ sobre otra persona (o sobre varias, en su caso), con el propósito de domeñar o subsidiariamente, de destruir el alma del sometido a ese poder, haciéndole la vida imposible en el seno de la organización a la que pertenecen ambas partes, cualesquiera que fuere la posición orgánica que ocupe cada una en esa organización y el nivel de perturbación anímica que llegue a sufrir el acosado”¹⁰.

Antes de otra cosa, trasladaremos al castellano la expresión de *mobbing*, y analicemos su contenido conceptual. Para no dar más vueltas por los campos semánticos, infructuosas al objeto de nuestro trabajo, vamos a ponernos de parte de MOLINA NAVARRETE, y traducir nuestra figura como de *acoso moral*¹¹. Pero en el sentido de que se trata de un acoso que pretende acabar con el estado de ánimo, con los arrestos del acosado, es decir, en los términos de las acepciones séptima y octava que a la expresión *moral* otorga el diccionario¹². No parece que los acosadores tengan como primera finalidad la muerte psíquica, el asesinato intelectual del acosado, como algunos dicen, de forma exagerada, a nuestra opinión, sino que desaparezca, que huya vencido de la empresa, es decir, acabar con el aprecio que el acosado tenga a su tarea laboral en un determinado ambiente empresarial. Darle puente de espaldas al enemigo que huye, pero sin tener que mancharse las manos para echarle.

Aunque sólo sea a título de ejemplo, pues no es cuestión de hacer un vademécum conceptual, vamos a exponer alguna definición de nuestra figura de *mobbing*, a la que ya

(10) Citamos en primer lugar a este autor por cuanto ha sido ponente de la STS de 23 de julio de 2001 (Ar. 8027), que es la primera pieza jurídica jurisprudencial del más alto nivel que da carta de naturaleza a un reconocimiento de aplicación del *mobbing*. Y lo hacemos invocando las expresiones del texto *Acoso psíquico en el trabajo (el alma, bien jurídico a proteger)*, Cuadernos Civitas, 1ª edición, 2002, págs. 134, 173 y 176.

(11) Nos remitimos a sus trabajos “La tutela frente a la ‘violencia moral’ en los lugares de trabajo: entre prevención e indemnización”, AS. 2002, núm. 18, pág. 60. “Una ‘nueva’ patología de gestión en el empleo público: el acoso institucional (*mobbing*)”. *La Ley*, diario, año XXII, núm. 5436, lunes, 10 de diciembre de 2001; y “Las nuevas leyes ‘antiacoso’: ¿Tienen algo útil para la prevención y sanción del acoso moral en el trabajo -*mobbing*-?”, Año XXV, núm. 5942, miércoles, 28 de enero de 2004.

(12) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia de la Lengua, Vigésima primera edición, tomo II, 1992.

El concepto de *mobbing* en España

vamos a ir llamando *acoso moral*. En primer lugar, como primer formulador de la idea, la definición de HEINZ LEYMANN:

“Situación en la que una persona o grupo de personas ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas, respecto de las que mantiene una relación asimétrica de poder, en el lugar de trabajo, con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, destruir su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo”¹³.

O, en palabras de MARIE-FRANCE HIRIGOYEN:

“toda conducta abusiva que, manifestándose fundamentalmente por comportamientos, palabras, actos, gestos, escritos, es susceptible de atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de una persona, poner en peligro el empleo de ésta o degradar el clima laboral”¹⁴.

Nos resulta próxima y afín la de MOLINA NAVARRETE, que aunque se apoya en LEYMANN, aporta algunos otros elementos dignos de atención:

“toda aquella situación de conflicto interpersonal o grupal en la que, como medio para poner fin al mismo, una persona o grupo de personas deciden, formal o informalmente, expresa o tácitamente ejercer sobre otra persona, prevaliéndose de cualesquiera relación de poder asimétrico instaurada en el lugar de trabajo, una violencia psicológica extrema, de forma sistemática (pluralidad de actuaciones dirigidas a un fin y predeterminada o planificada) y recurrente (al menos una vez por semana), durante un tiempo prolongado (más de seis meses)”¹⁵.

Ya en el más tangible terreno de las realidades jurídicas, el artículo 28.1.d) de la Ley 62/2003, de 20 de diciembre (BOE del 31), de acompañamiento a la de presupuestos del siguiente año, en un marco más general que el laboral¹⁶, y relacionándolo causalmente a los supuestos que cita, lo define así:

“acoso: toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga

(13) *La persécution au travail*, Seuil, 1996.

(14) *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Paidós, Barcelona, 1999.

(15) *La tutela frente a la “violencia moral”...*, cit.

(16) MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO dice, con tino, que “la reforma ha dejado fuera de regulación específica una multiplicidad de supuestos de acoso que se concretan en una lesión de la dignidad o intimidad del trabajador o a su integridad física o moral (...), todos los que con móvil discriminatorio o no permanecen al margen de los motivos de discriminación tasados” en *La vertiente jurídica del acoso moral en el trabajo: una aproximación al panorama actual*.

como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”.

Y así podríamos encontrarnos muchas otras, demasiadas, que estorbarían a la más modesta intención de este trabajo, porque la noción del acoso moral parece bastante fácil de aprehender: en una relación de conflicto entre dos personas, o entre una y varias, ésta o estas últimas consiguen convencer a las restantes de su entorno laboral para que tomen partido en su favor, y/o en contra del que resultará acosado, o llegan formal o informalmente a tal acuerdo, y se dedican a minarle la moral, la seguridad y la autoconsideración, por los procedimientos más variados, empleando para ello el esfuerzo colectivo durante un tiempo prolongado, consiguiendo, al fin, con tenacidad y constancia doblegar el ánimo del acosado, que acaba en una situación de depresión, de estrés, de ansiedad, o de casi todo ello junto. Pero esto no responde a la casualidad, sino a una posición alentada por uno, o concertada por varios, contra el acosado, y de ahí el acierto de MOLINA NAVARRETE. La obsesión colectiva debe ser injusta, pues de lo contrario la colectividad se tomaría la justicia por su mano, sería un exceso, pero con ciertos tintes democráticos populistas. El acosado al final sucumbe ante la masa, en un proceso de prendimiento y linchamiento popular tantas veces regido por los más negros móviles, como el mártir de las turbias conductas colectivas, ejecutado con injusticia o desproporción. Para evitarlo, el problema debe, indudablemente, merecer la protección jurídica precisa, desde que comiencen a advertirse los primeros signos inequívocos de la persecución.

No sólo hay riesgo de acoso en las relaciones de empleo, sino también en cualquier otro campo de relación social en competencia, que dispare la tensión de sus diferentes integrantes, hasta exceder las proporciones razonables y hacer de los golpes bajos una regla de conducta justificada por razones no homologables más que por quienes la practican, en un ambiente como de ebriedad colectiva, y de miopía para ver con la objetividad necesaria lo que dentro de la relación colectiva acontece.

Nos interesa analizar este fenómeno en las relaciones de docencia. Entre profesores y estudiantes a veces arde una latente o explícita crispación que empieza en el pleno desentendimiento, continúa con la opresión esporádica y puede llegar a concluir con la exteriorización del acoso. GONZÁLEZ NAVARRO cita la hipótesis de los alumnos que hacen frente común ante el profesor exigente¹⁷. Pero la experiencia nos dice que no es el único caso, y aun más, que no es el supuesto más generalizado, o que le falta algún elemento para resultar verosímil. Si el profesor exige con notable desproporción a lo que enseña, o con la única medida de su voluble voluntad, si esconde sus problemas en una imagen autoritaria, si mantiene unos estándares de conducta más propios de un museo que del signo de los tiempos en que se vive, donde hasta la disciplina carcelaria ha de ajustarse a los derechos humanos, si está roto sin reparación posible el cauce de comunicación, tal

(17) A lo que se refiere GONZÁLEZ NAVARRO, en *Acoso psíquico...* cit., pág. 121, en lo que denomina como relaciones de acogimiento, invocando la tesis no publicada de CARO BRENES, A., titulada “La relación jurídica de acogimiento universitario y su correlativa de enseñanza”.

El concepto de *mobbing* en España

vez entonces sí estemos en terreno fértil para el acoso. Pero no sería fácil saber quién acosa a quién.

También puede haber acoso entre el personal docente e investigador, a la búsqueda del único liderazgo formal del grupo y para retirar a otro de la carrera –cátedra a proveer, dirección de departamento o instituto–, o para solventar disfunciones entre liderazgos informales y formales –ventilar la sucesión del maestro de la escuela científica por un delfín impopular para el resto–, o para la autodefensa del grupo frente a alguien impuesto, inadaptado o molesto. Las raíces del acoso son de una riqueza inimaginable, sus manifestaciones, inaceptables. Como también lo es dar pie a las causas que lo hacen nacer. El ardor de la batalla hierve la sangre de unos y otros, y hace que la Justicia ni esté, ni se la espere.

La vida universitaria es proclive a las tensiones propias de la competencia. Entre departamentos y áreas de conocimientos para conseguir el mejor trato de la universidad. Entre escuelas científicas para alcanzar la mayor relevancia social. Entre los profesores de la misma escuela científica, para el mejor posicionamiento. Y, entre tanto, el profesor solo ante el aula, en la conferencia, ante el papel en blanco, que luego será un artículo doctrinal, una monografía o un texto. Pues bien, en esta soledad hay quien se siente justiciero y arremete contra buena parte o casi todo su entorno, yendo de la lícita competencia, a la extendida virulencia, y, en lo restante, al aislamiento, cuando no enfrentamiento de los demás hacia él cuando, hartos de sus invectivas, le hacen frente. Cualquiera que no pueda distinguir bien cuál fue la causa y cuál el efecto, quién el perseguidor y quiénes los perseguidos, que en algún momento se revuelven, puede dictaminar un paisaje de acoso moral con los roles cambiados, en el que el perseguidor justiciero, tras aventar la inquina a todo su entorno, puede aparentar ser un pobre cervatillo rodeado de tigres y leones impíos sedientos de odio, cuando la realidad ha sido bien otra, en la que aquél empezó la guerra contra todos, y acabó viéndose rodeado de todos aquéllos a los que metió el dedo en el ojo. Con sed de venganza o de tomarse la justicia por su mano.

Es decir, que sin necesidad de precisión alguna, –ya revisaremos en otro lugar los decimales de desentendimiento– todos debemos alinearnos frente al acoso moral, frente al *mobbing*, para ponerle fin, o, aun mejor, para no dejar siquiera que comience, pues ya hay que tener el alma de piedra, para permitir que a cualquier persona que tengamos a la vista le hagan al

TAMBIÉN PUEDE HABER ACOSO ENTRE EL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR A LA BÚSQUEDA DEL ÚNICO LIDERAZGO FORMAL DEL GRUPO O PARA RETIRAR A OTRO DE LA CARRERA

menos una vez por semana, y durante una media de seis meses cualquiera de los cuarenta y cinco comportamientos a los que se refiere LEYMANN¹⁸, como una maldita “gota malaya” de tortura sistemática. Alguno de ellos tan insoportables de asumir, incluso como testigos, como la de aceptar que griten, chillen o injurien en voz alta a un compañero, critiquen su vida privada, le aterricen con llamadas telefónicas, le amenacen verbalmente o por escrito, o no le hablen nunca y prohíban a sus compañeros que hablen con él, le maldigan o le calumnien, le ridiculicen, le lleguen a agredir físicamente, etc. Debe darse fluidez a las denuncias que sobre comportamientos de este tipo puedan hacerse, y proteger el derecho a denunciar de quienes lo hacen. Y ya hemos avisado que hay un destinatario natural en el campo universitario abierto por la LOU, que es el Defensor Universitario, al que debe darse cuenta de este tipo de conductas para que, sin precipitación pero con mesura y respeto a la presunción de inocencia de cualesquiera de las personas a las que se achaque tan insoportable conducta, puedan ser analizadas con objetividad, proponiendo medidas restauradoras de comportamientos razonables.

3. EL MOBBING COMO FIN

No es hora de cuestionar, ni siquiera empíricamente, el relato que emprendíamos en el primer epígrafe de este trabajo. Pero sí nos atrevemos a ponerlo bajo una fuerte sospecha, pues los autores de este trabajo llevamos largo tiempo prestando servicios en campo de riesgo, es decir, en una administración educativa, territorio *comanche* del acoso moral para los teóricos. Y precisamente venimos haciéndolo en la nuez de las patologías de los comportamientos en la universidad, esto es, en sus servicios jurídicos. Y podemos afirmar en este trabajo que no hemos visto ni por asomo tal hecatombe de acoso moral en nuestra vida profesional, y extraño sería que el *mobbing* se produjera en las proporciones antes anunciadas siempre fuera de nuestra vista.

Puede ocurrir que se confunda el acoso moral con ciertas figuras de parecido perfil pero distinto espectro. El estrés es “la respuesta fisiológica, psicológica y de comportamiento de un individuo que intenta adaptarse y ajustarse a presiones internas y externas”¹⁹, que a veces se producen cuando hay un desajuste entre el puesto de trabajo y la organización. El *burn-out*, o síndrome del quemado, es la manifestación de un agotamiento emocional, que da lugar a la despersonalización y baja realización personal, que puede ocurrir entre individuos que trabajan con personas²⁰; es decir, desgaste personal muy característico de profesionales sanitarios y docentes, esto es, de personal de ayuda a otras personas, y que lo causa el cliente, más que el entorno laboral. Que otros autores definen como “el estado de agotamiento mental, físico y emocional, producido por la involucración crónica en el

(18) *La persécution...*, cit. o en <http://www.mobbing.nu/45PREGUNTAS.htm#aislar>

(19) Según el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

(20) MASLACH, C. y JACKSON, S.E.: *Maslach Burnout Inventory*, Manual Research Edition, University California. Palo Alto. C.A. Consulting Psychologist press. 1986.

El concepto de *mobbing* en España

trabajo en situaciones emocionalmente demandantes”²¹. Con otra finalidad, de aprovechamiento libidinoso, o de venganza por no conseguirlo, el *acoso sexual*, que se diferencia del acoso moral por los fines pretendidos y/o los medios empleados; y, sobre todo, por el móvil que dirige los actos del acosador.

Pero éstos recién mencionados son sólo efectos de una tensión interior, que no son el único resultado posible de una causa de acoso provocada por el ambiente que circunda a quien lo sufre. Todos tenemos tendencia a buscar un culpable de nuestro sufrimiento, que generalmente será —pensaremos— otro, nunca nosotros mismos. La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo retrata al acosador como un individuo envidioso, mediocre y con miedo a perder el liderazgo del grupo, mientras que caracteriza al acosado por ser trabajador, responsable y generoso, por lo que representa una posibilidad de cambio y, por tanto, una amenaza para el que acosa. CALERO JAÉN y NAVARRO DOMENICHELLI retratan al acosador de la siguiente manera:

“(…) responde a una personalidad psicopática, con alteración del sentido de la norma moral, no tiene sentido de culpabilidad, es agresivo, cobarde, mentiroso compulsivo y tiene gran capacidad de improvisación; es asimismo bastante mediocre profesionalmente y suele tener complejo de inferioridad. No obstante, pueden ser personas con una enorme capacidad de seducción. El acosador puede tener mil motivos para acosar a la víctima: miedo a perder el trabajo o la posición en la empresa, de ser desplazado por la víctima, ansia de hacer carrera por encima de cualquier obstáculo y a cualquier coste, o simple antipatía o intolerancia hacia la víctima. El acosador puede actuar solo o buscar aliados para acosar a la víctima”.

Es el retrato más deseado de aquél al que odiamos, la foto de un insulto global. En el lugar inverso se encontraría el acosado o acosada:

“(…) suele ser una persona a la que le gusta trabajar y rendir. Durante años, su actividad ha sido notablemente buena y, de repente, cae porque el acosador deja de darle trabajo para desprestigiarle. La víctima del *mobbing* se siente incomprendida y sola frente a su enemigo, en una situación de escape, sin salida, en la que no sabe cómo ha entrado ni, con frecuencia, por qué. Muchas personas afectadas por el *mobbing* se preguntan todavía qué han hecho mal, cuál fue su comportamiento equivocado que pudo provocar el odio de los demás hacia ellas”²².

“Justo éste es mi caso” —dirán muchos—. Bueno, éste es un perfecto retrato de buenos y malos, en el que nadie que no sea masoquista empedernido quiere verse retratado como acosador. En cambio, quien sienta daño, enseguida buscará al culpable causante fuera de sí mismo, y tras remodelar la realidad a su interés, se verá revestido de razón para acusar

(21) PINES, A.M. y ARONSON, E.: “*Career Burnout: causes and cures*”, New York, Free press. 1988.

(22) El *mobbing* o acoso moral en el trabajo de CALERO JAÉN, C.: Secretario de Acción Social de la Comisión Ejecutiva Nacional de la UGT del País Valenciano, y NAVARRO DOMENICHELLI, R.: Técnico Superior en Prevención de Riesgos Laborales del Gabinete Técnico del Sindicato UGT, también del País Valenciano.

a quien considere como el causante de sus cuitas con una imputación de *mobbing*. Bastará sólo que las cosas comiencen a ir mal para que muchos se sientan perseguidos. Antes era el *fatum*, el sino, el destino. Hoy, en el crepúsculo de los dioses, los perseguidores son los otros.

Pongamos el mundo del revés. Si alguien pretende defenderse eficazmente de una exigencia laboral de un cierto rigor, si pretende demonizar a quien le reprocha su estulticia, si quiere resguardarse en una posición difícilmente vulnerable, y vivir tranquilo sin que le molesten, puede jugar al ataque y pretender hacer a todos los demás responsables de un acoso moral simulado, o al menos, imaginado. Pues lo mismo que es difícil probar la realidad del *mobbing*, lo es también acreditar que el acoso moral no se ha producido. Cuanto más civilizada es una sociedad, más manifiesta su tendencia a la compasión, antes que a sentirse cómplice de una hipotética agresión. Es más fácil mover a nuestros semejantes a la pena que a la justicia. A veces puede más una lágrima que el mejor de los discursos, una mirada aterida que la convicción de estar en una posición razonable, la imagen que la razón. Una buena representación escénica consigue remover las togas forenses hasta lograr la sentencia equivocada.

J.A. LÓPEZ GARCÍA SILLA y J.L. GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA destacan lo siguiente:

“Si bien es innegable la buena voluntad del legislador, hay que hacer notar que ciertos tipos de construcción legislativa permiten, incluso fomentan, distintas posibilidades de fraude que, por otra parte, no se va a poder o querer controlar, quedando las consecuencias en manos, una vez más, de Jueces y Tribunales. De este modo, cabe la posibilidad de que las quejas del trabajador, en ocasiones inciertas o injustificadas, tengan la finalidad de obtener un beneficio secundario.”

Uno de los elementos prácticamente imprescindibles para acreditar la existencia de acoso moral es la prueba de que el acosado ha caído en la depresión, en el estrés, en la ansiedad, o conjuntando alguna de las anteriores posiciones, en el trastorno bipolar. En ocasiones, estas patologías son resultado de un acoso moral, pero en otras nada tienen que ver con él, y se traen al trabajo desde casa o desde fuera de la empresa, y aún en unas terceras son situaciones perfectamente simulables. Los autores antes citados recuerdan que CLAUDE afirmaba que: “La simulación de la locura no se encuentra más que entre los delincuentes y detenidos”. Esta afirmación es demasiado tremenda como para que la creamos a pies juntillas. En una posición más científica, GUIMON parece que demostró que los trastornos son más aparentes y persistentes en quienes tienen derecho a reclamación que entre los que no lo tienen, lo que, aunque no es indicativo siempre de simulación, puede serlo de dinámicas psicopatológicas de ganancia secundaria, que sólo ceden ante un tratamiento psicoterapéutico apropiado o, más sencillamente, ante el pago final y definitivo de una única suma inapelable, en opinión de PANIAGUA.

LÓPEZ GARCÍA SILLA y GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA exponen el siguiente pensamiento inquietante:

“la posibilidad de que, en algunas ocasiones, ni el médico ni el perito ni el magistrado se hallen ante una víctima de acoso, sino ante alguien que quiere sacar partido de la situación, engañando consciente y voluntariamente a cuantos profesionales sea necesario para lograr la ventaja pretendida, a veces claramente definida, a veces no. El problema de la simulación resulta preocupante en el campo de la Psiquiatría, y debería serlo también para el mundo del Derecho, legislador incluido, y para los que deben impartir Justicia. Los trastornos mentales son los más propicios para el fingimiento, tanto por la relativa facilidad para emular algunos de sus aspectos como por la dificultad en objetivarlos, a diferencia de los trastornos de base orgánica. Es clásico el experimento de ROSENHAN, comentado y reproducido por PANIAGUA, consistente en enviar simuladores sanos debidamente entrenado a un Hospital Psiquiátrico, siendo todos ellos ingresados con el diagnóstico correspondiente a la patología fingida. Curiosamente, en contraposición con el despiste de los médicos, los auténticos pacientes detectaron rápidamente a los simuladores”.

Más sabe el loco en su casa que el cuerdo en la ajena, dice el refrán. Y siguen diciendo que hay otras figuras patológicas a confundir con el acoso moral. Así, los conflictos laborales pueden estar generados por conflictos familiares o sociales. Otras veces se inventa o exagera una situación con la *neurosis de renta*, es decir, aquélla de la que se saca provecho laboral, ejemplo de la cual es la *sinistrosis*, consistente en rumiaciones obsesivas de daño con afán de reparación, pero que en sus formas más graves puede convertirse en un auténtico delirio de reivindicación, con interpretaciones de acontecimientos banales como pruebas o indicaciones del daño sufrido y aplicación de todas las energías y recursos personales hacer triunfar la verdad, reparar el perjuicio y castigar a los responsables, todo ello con un acompañamiento variable de riesgos histéricos, hipocondríacos y de labilidad emocional.

El *trastorno facticio* o *síndrome de Münchhausen* se manifiesta en una historia de hospitalizaciones y/o consultas y tratamientos médicos múltiples, abusos de medicación, e incluso abuso de drogas, pobreza en las relaciones interpersonales, trastornos de conducta y enfrentamientos con el personal sanitario, con síntomas físicos o psicológicos fingidos o producidos inten-

**PARA ACREDITAR
LA EXISTENCIA DE
ACOSO MORAL ES
IMPRESCINDIBLE LA
PRUEBA DE QUE EL
ACOSADO HAYA CAÍDO
EN DEPRESIÓN, ESTRÉS,
ANSIEDAD O TRASTORNO
BIPOLAR**

cionadamente de manera autoinfligida. Y aun puede producirse por sugestión o convencimiento de otra persona (“comadura de coco” en terminología vulgar), generalmente un compañero de trabajo, un amigo o familiar o, siguen diciendo los autores mencionados, “por qué no, un abogado con pocos escrúpulos”.

El *síndrome de Ganser* es un cuadro mixto entre la simulación y los trastornos conversivos que buscan un afán de notoriedad propio de la personalidad histérica, y del mantenimiento durante cierto tiempo de una simulación más o menos consciente, que puede acabar en una imposibilidad de distinguir lo real de lo simulado. Así, una situación laboral conflictiva puede iniciar el problema, a partir de lo cual el fingimiento o la exageración de los síntomas acaban por escapar del control voluntario o se convierten en una auténtica patología psiquiátrica.

Y ya, por último, la *metasimulación* conduce a quien padeció anteriormente una enfermedad mental a simularla de nuevo a fin de lograr algún beneficio; y la *sobresimulación* que hace exagerar una enfermedad mental preexistente, aumentando intencionalmente la intensidad de sus síntomas o sobreañadiendo otra patología diferente a la que realmente se padece²³. Y ésta es una trampa en la que jueces, abogados, autoridades públicas y defensores universitarios no deben caer.

4. ENTRE EL ACOSO REAL Y EL PRETENDIDO

Hacemos caso a las palabras de LUCIANO CORDERO SAAVEDRA, que nos dice: “Debe tenerse claro que postular unas relaciones profesionales impolutas sería tanto como demandar quimeras; el conflicto entre personas nace y se resuelve en organizaciones multipersonales como parte del aprendizaje del hombre en su dimensión social”, por lo que hay que encontrar “la línea divisoria entre la tensión laboral y la presión envilecedora de la dignidad del trabajador, en la permanente ósmosis en que se desenvuelve todo el régimen que atiende a esta figura”²⁴. En los comportamientos humanos es imposible encontrar el lugar donde se alcanzan los 100 grados centígrados de diferencia entre el calor y el hervor, o los 451 de Fahrenheit en los que el fuego devora la letra de los libros. Cada cual tiene en lugar diferente de la regla milimétrica el punto de ignición. Sobre todo si los combustibles son heterogéneos, como es el caso de los diferentes comportamientos descritos por LEYMANN, que además deben matizarse por ciertos *outputs*, como su intensidad, periodicidad, e incluso publicitación frente al grupo social, es decir, el impacto que se le hace sufrir al agredido para desacreditarle ante los demás. Y por los *inputs*, como

(23) Todo lo recién dicho es mero relato de lo que exponen más extensamente LÓPEZ GARCÍA SILLA, J.A. y GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, J.L.: en “La simulación dentro de la problemática de la violencia en el trabajo”. *La Ley*, diario, año XXIV, núm. 5723, jueves, 20 de febrero de 2003.

(24) “La delimitación jurídica entre el acoso moral y las tensiones laborales. Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia, de 7 de marzo de 2003” (*AS* 2003, 1137), *Aranzadi Social*, núm. 6/2003.

El concepto de *mobbing* en España

el grado de soportabilidad del sufrimiento ante el acoso, la elasticidad para esquivarlo, el equilibrio anímico, y también la medida de la conciencia social del descrédito. Para quitar crispación a este discurso y dar algún tipo de contestación al enigma que venimos formulando se nos ocurre resumirlo en una especie de refrán, que diga: “para medir desproporciones, mejor se hace por montones”.

Es decir, que para analizar las conductas grupales, y tener conciencia de su impacto individual, y viceversa, con comportamientos muy diferenciados, y grados de permeabilidad del daño aun mayores, a falta de termómetros, no queda más remedio que hacer un análisis de conjunto, básicamente intuitivo, y así vienen a hacerlo jueces y tribunales. Damos un leve repaso sobre la jurisprudencia más a nuestro alcance referente al acoso laboral.

A) Supuestos positivos de *mobbing*

– STSJ de Navarra de 15 de junio de 2001. Diario *La Ley* de 21 de diciembre de 2001 (Ref. 8719).

El conserje del colegio público de Ermitagaña (Pamplona) agredía verbalmente a las limpiadoras y ensuciaba lo que habían limpiado, llegando incluso a encerrar a varias empleadas mientras se cambiaban de ropa.

– STSJ de Valencia de 25 de septiembre de 2001. Diario *La Ley*, de 10 de diciembre de 2001 (Ref. 5436).

No hace falta para vulnerar la dignidad del trabajador que se le hubiera ofendido de palabra o faltado al respeto, sino que es suficiente con el acoso y vacío sistemático por un tiempo prolongado a modo de “plan de seguimiento específico” a unos trabajadores de modo consciente y con las concretas circunstancias que en el caso se han dado, y que la sentencia no relata.

– STS de 23 de julio de 2001 (Ar. 8027).

Un funcionario de carrera del Ayuntamiento de Coria (Cáceres) fue acusado de sabotaje por una fuga de fango en la potabilización del agua de consumo, que acabó saliendo por los grifos de los usuarios. Se le incoaron dos expedientes disciplinarios, durante cuya tramitación se le ubicó en el sótano de la casa consistorial, sin ventilación ni luz natural, ocasionándole depresión ansiolítica con somatización de síntomas, sin admitirle las bajas laborales, sufriendo secuelas en el plano emocional afectantes al ámbito familiar y social. Se impusieron nueve meses de suspensión de empleo y sueldo por la supuesta comisión de cuatro faltas graves, que no fueron convalidadas jurisdiccionalmente, al estimarse sus recursos por inexistencia de prueba objetiva de cargo.

– Sentencia del Juzgado de lo Social de Vigo de 28 de febrero de 2002. *Actualidad Aranzadi* (Ref. 530/25).

Acoso de un superior a una trabajadora, dando lugar a sensación de indefensión por inactividad de la empresa ante sus denuncias, provocándole estrés y ansiedad.

– Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 30 de Madrid de 18 de marzo de 2002. Diario La Ley de 8 de mayo de 2002 (Ref. 3590).

Vaciamiento de competencias del actor en el Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Madrid, con supresión de todos los elementos y materiales técnicos más imprescindibles para su cometido, así como de recursos humanos, privándole de ordenador y contando únicamente con una cajonera, con ubicación en el cuarto de fotocopias y posteriormente en recepción en una mesa con posición hacia la pared. Todo ello fue denunciado por el actor sin indicio de cambios por sus superiores, con daños en su salud y bajas laborales.

– STSJ de Galicia de 12 de septiembre de 2002. *Actualidad Laboral*, núm. 45, de 2 al 8 de diciembre de 2002 (Ref. 1435).

Tras una situación de incapacidad transitoria por depresión de una trabajadora, la empresa contrató a otra, y a la reincorporación de aquélla le encargó la realización de inventario del almacén, cometido que ya había realizado con anterioridad, y que desempeñó en un almacén frío. Un día le encomendó el cobro de unas facturas utilizando la furgoneta de la empresa. El gerente de la empresa solía gritar a todos sus empleados, y no mantenía buena relación con la demandante.

– Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Gerona de 17 de septiembre de 2002. *Actualidad Laboral*, núms. 47 y 48, de 16 a 29 de diciembre de 2002 (Ref. 1492).

Una trabajadora de fuerte carácter cayó en desgracia a la llegada de otra trabajadora a la empresa, manifestando aquélla su disconformidad con determinadas prácticas, por lo que pasó a ser una trabajadora incómoda y a sufrir una presión que le provocó baja laboral por depresión, lo que agravó su situación, procediéndose al desarrollo implícito de un plan para su autoeliminación laboral, pasándole al turno nocturno, pese a ser la delegada de personal con mayor antigüedad en la empresa, imponiéndole el vacío dentro de la misma, con la advertencia a los trabajadores y mandos intermedios de que no se acercaran ni hablaran con la actora, imponiéndole un control denigrante sobre sus ausencias al lavabo, acudiendo sus superiores a la puerta del mismo, llegando a sancionarle por escrito de advertencia por hechos falsos, como llegar tarde, que la trabajadora ya no impugnó. Tras intentar reincorporarse a la empresa en una sección diferente, los trabajadores de ésta fueron abroncados y presionados por la dirección, generándose la convicción de que era por haber sido trasladada la demandante, a la que se imputaron los males de la empresa, recibiendo una riña por el error de otra trabajadora, que había advertido que el error lo cometió ella.

– Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Granada de 7 de octubre de 2002. Diario La Ley de 3 de diciembre de 2002 (Ref. 8).

El concepto de *mobbing* en España

La actora estuvo de baja por maternidad y previamente por amenaza de aborto, y al incorporarse a su trabajo se le destinó a un puesto de trabajo distinto, suprimiendo la mayor parte de sus funciones, que se habían asignado a otra trabajadora, y encomendándole tareas de análisis y aclaración de las partidas contables. Su jefe inmediato afirmó que la demandante mantenía las mismas funciones que antes tenía, a consecuencia de una visita de la inspección de trabajo, resultante de una denuncia sindical. En realidad se le habían asignado sólo algunas tareas de las que antes tenía, y el resto de ellas era de cumplimiento inmediato o en pocas horas, por lo que pasaba gran parte del día sin trabajo. Se le reintegró a su Departamento de origen pero en una mesa rota, asignándole un ordenador que desechó un administrativo. La actora tuvo enfrentamientos con la oficial administrativo, que afirmó que dependía inmediatamente del director administrativo, y no de la actora, pese a ser jefa de departamento. Sufrió la demandante trastorno de ansiedad y posterior síndrome ansioso-depresivo severo.

– STSJ de Galicia de 8 de abril de 2003. *Actualidad laboral*, núm. 34, septiembre de 2003 (Ref. 1011).

Descrédito ante el alumnado de dos profesoras, madre e hija, llamando a una de ellas obsoleta; y ante los padres y madres del alumnado, llamándole sinvergüenza, estafadora, caduca, falsificadora y ladrona, acusándole de tramas clandestinas, creando una situación de ambigüedad de roles, negándole funciones derivadas de la dirección, como la recepción del correo, sometiéndole a ninguneo diciendo que no estaba cuando sí estaba, o tirar o abrir sus cartas, insultándole directamente como mentirosa, propagando bulos, incitando a los alumnos a denunciarla ante la inspección de educación, aislándolas y prohibiéndoles a los alumnos hablar a ambas, determinando su habitual soledad en los recreos y descansos.

– Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de San Sebastián de 10 de abril de 2003. *Diario La Ley* de 5 de enero de 2004 (Ref. 148).

La demandante y la empresa mantuvieron buena relación hasta el cese de su hermana, por motivo de desatención de ciertas aspiraciones salariales, lo que dio lugar a un cambio de relaciones entre aquéllas. A partir de ese momento, otra empleada acaparó nuevos clientes, mediatizó la comunicación con el empresario, cortando la comunicación directa entre éste y la demandante, llegando a intervenir el correo electrónico de

**HAY QUE TRATAR DE
ENCONTRAR LA LÍNEA
DIVISORIA ENTRE LA
TENSIÓN LABORAL Y LA
PRESIÓN ENVILECEDORA
DE LA DIGNIDAD DEL
TRABAJADOR**

la actora, produciéndose fuertes discusiones en las que prácticamente intervenían todos los empleados. La demandante causó baja por incapacidad temporal a resultas de trastorno depresivo secundario por problema laboral, requiriéndole la empresa para que se personara en la consulta de un facultativo que le sometió a un total de siete pruebas con diagnóstico de trastorno por simulación, negándose a entregar el informe a la paciente-demandante.

B) Supuestos negativos de *mobbing*

– Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Murcia de 7 de marzo de 2003. *Actualidad laboral*, núm. 573.

Un nuevo convenio colectivo contempla la jornada laboral de lunes a domingo, pero manteniendo libre este último día para los trabajadores que ya contaran con esa condición de trabajo, si bien este acuerdo podía ser novado por acuerdo con la empresa. A ésta un sindicato le achacó haber amenazado a los trabajadores y la inspección de trabajo tipificó los hechos como muy graves y propuso sanción, sometiendo el asunto a la jurisdicción social la Dirección General de Trabajo de la Comunidad, absolviendo a la empresa la sentencia comentada.

– STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2003. *Actualidad laboral*, núm. 41.

A la demandante se le cambia el horario con subida salarial proporcionada, pese a lo que manifiesta en un primer momento su disconformidad, accediendo posteriormente sin que se viese forzada a ello. Luego padeció trastorno depresivo crónico que no fue calificado como reactivo.

– STSJ de Canarias de 26 de mayo de 2003. *Actualidad laboral*, núm. 2, enero de 2004 (Ref. 45).

La actora fue relegada a tareas de carácter administrativo sin autonomía e iniciativa de las que venía disfrutando hasta entonces.

– STSJ de Murcia de 1 de octubre de 2003 (Ar. 3688).

La demandante decidió quedarse en la empresa vendedora de un centro de trabajo al que se fueron la mayor parte de sus compañeros. Quedó en la única dependencia de aquella empresa, bajo la dependencia jerárquica del secretario autonómico de la misma, manteniéndose negociaciones encaminadas a buscar un puesto de trabajo acorde con la categoría profesional de la demandante, tras lo cual sufrió depresión.

– Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid de 24 de octubre de 2003. *Actualidad administrativa*, núm. 5, marzo de 2004.

El concepto de *mobbing* en España

Acoso sexual de auxiliar administrativo empleada eventualmente en un Ayuntamiento. Sufrió comentarios sexistas y descalificadores por parte del concejal que era su superior jerárquico, siendo objeto de manipulación las relaciones de la trabajadora con terceros a través de diversos comportamientos y actitudes, como aislamiento, asignación de funciones ajenas a su puesto de trabajo, trato discriminatorio y grosero.

– Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de La Rioja de 31 de octubre de 2003 (Ar. 3636).

La demandante fue elegida representante sindical, y el mismo día del preaviso de elecciones tuvo una discusión con el administrador de la empresa, que unos días después quiso modificar el horario que venía realizando la actora, que a continuación inició un proceso de incapacidad temporal por ansiedad, siendo agarrada por el brazo, empujada e insultada, siendo diagnosticada de un estado ansioso depresivo.

– Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid de 20 de enero de 2004, convalidada por la STSJ de Castilla y León de 4 de mayo de 2004.

El arquitecto de una universidad vino desarrollando actividades privadas sin compatibilidad y durante el tiempo de baja laboral, sin que conste que haya sido discriminado con relación al resto de los trabajadores de la misma unidad por el control llevado a través de partes de trabajo. Las tareas encomendadas, aunque podían ser realizadas por arquitecto técnico, eran propias de la profesión del recurrente.

– STSJ de Cataluña de 29 de enero de 2004. *Gaceta* semanal de 10 de mayo, Lex Nova.

Reconoce la sentencia que tener mucho trabajo no puede integrarse dentro de la figura del *mobbing*, sin apreciar conexión entre esto y la situación de enfermedad del recurrente por la presión existente, que no quedaba probada por el informe médico, que únicamente recogía las manifestaciones ofrecidas por el actor.

– Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete de 30 de enero de 2004.

Trabajadora temporal que padece enfermedad de Crhon y que ha recibido tratamiento psicológico por trastornos de ansiedad, coincidiendo con el fallecimiento de su padre, que padecía trastornos delirantes en el contexto de un cuadro paranoide crónico. La demandante fue tratada psiquiátricamente de trastorno ansioso depresivo secundario a su enfermedad y aparece diagnosticada de síndrome obsesivo fóbico en tratamiento, habiendo sido intervenida quirúrgicamente de su enfermedad de Crhon, siendo diagnosticada de corticodependencia, para ser diagnosticada posteriormente de idea obsesivo fóbica de persecución que su psiquiatra considera consecuencia de problemas laborales.

La actora denunció ante el Juzgado de Instrucción a tres funcionarias por el delito de trato degradante en concurso ideal con un delito de lesiones psíquicas. También ha remitido numerosos escritos al rector de la universidad, gerente del Campus, director de personal y otras autoridades, poniendo en conocimiento la situación de hostigamiento y acoso.

Solicitó en pleito la condena de la universidad a adoptar medidas que garanticen su salud, integridad física y moral, a la seguridad e higiene en el trabajo, a realizar sin contacto alguno con sus pretendidas acosadoras, y a ser indemnizada en 60.000 euros por daños morales y 3.500 euros por gastos jurídicos.

Se desestima la demanda por no haber acreditado la existencia de desprecios, burlas, humillaciones, encomienda de trabajos degradantes, amenazas, coacciones, aislamiento, etc., sino sólo un incidente, en principio calificado como de trato desconsiderado a un subordinado y abuso de autoridad por su superior, que fue sancionada, siendo revocada dicha sanción jurisdiccionalmente. En la sentencia comentada consta acreditada la existencia de una orden legítimamente impartida, una negativa de quien debía obedecerla –la actora de estos autos– y una advertencia por parte de la superior de las consecuencias que podían derivar de la misma. La prueba testifical de la única compañera no denunciada penalmente acredita que nunca presenció un trato degradante.

La actora pretendió que la existencia del *mobbing* quedase acreditada mediante los informes médicos que aportó, siendo que, para el juzgador, ni toda ansiedad, estrés, depresión o cualquier otra alteración psicológica o psiquiátrica del trabajador deriva del *mobbing*, ni todo *mobbing* causa estos efectos morbosos en el trabajador. Parte de los informes psiquiátricos aportados por la actora remiten a que los padecimientos que sufre la demandante se deben, según ella, a motivos laborales, o que así lo verbaliza la paciente. Reconoce la sentencia que la demandante padece trastorno paranoico en una alteración en la interpretación de la realidad consistente en entender la paciente que todos o determinados hechos ocurren y se producen en perjuicio suyo, perdiendo toda fiabilidad las referencias a la realidad de la misma.

– SSTSJ de 17 de noviembre de 2003 y de 14 de abril de 2004.

La historia profesional de la recurrente –la misma en los dos procedimientos– se halla jalonada de múltiples problemas, gran parte de los cuales han accedido a los Tribunales. No hay acoso moral ni *mobbing* sin propósito específico del autor de las acciones vejatorias, y resulta imposible advertir dicha intención como la de evacuar una solicitud de apertura de expediente disciplinario basada en hechos de gravedad innegable en el desarrollo de la actividad educativa.

– Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 3 de Alicante, de 12 de junio de 2003, convalidada por la STSJ de Valencia de 31 de mayo de 2004.

Actora que padece trastornos de personalidad que el psicólogo fundamenta exclusivamente en circunstancias externas, a la vista de las respuestas de aquélla a la prueba de Leymann; que ha sufrido un grito aislado (“cállese”), que no pasa de ser desconsiderado o descortés, probando los testigos que la demandante imponía sus criterios sin consultar ni escuchar a los demás profesores. Las discrepancias y el apercebimiento de “solicitar que se tomen las oportunas medidas al respecto”, ni la mención de que

se incoará un expediente disciplinario, son reveladores de acoso.

5. TODOS CONTRA EL *MOBBING*. LA UNIVERSIDAD EN ARMAS

Tras este relato, notablemente dependiente de la valoración conjunta de la prueba practicada en el pleito, de la explicitud de la narración de los hechos de las sentencias que se refieren, no es fácil extraer conclusiones de alcance general, objetivables en alguna medida, sobre la incidencia de los comportamientos opresores en las declaraciones positivas o negativas de acoso laboral. Lo que sí conviene poner bajo sospecha son las escandalosas cifras de acoso laboral cuando se basan en intuiciones o en el acopio de las opiniones de quienes dicen sentirse acosados, sin que se establezca un análisis más objetivo e imparcial sobre la certeza de dicha situación, para desechar que pueda estar sesgada por puras aprensiones o simulaciones incluso.

En cambio, esta diferencia entre la parquedad y la extensión de los respectivos análisis nos conduce a revalorizar la importancia de la observación directa de los comportamientos, de la importancia del aparato probatorio que deba utilizar demandante y demandado, trabajador, funcionario o estudiante y la empresa o universidad, y, sobre todo, la trascendencia de que se efectúen y se atiendan las tempranas denuncias ante cualquier situación de riesgo por acoso laboral, que debe conducir a una rápida observación de los hechos, y a que el acoso, en su caso, no tenga lugar ni tiempo para nacer. También es importante que el psicólogo tenga en cuenta más hechos y opiniones que los que le narra su paciente, trufados de subjetividad, o que pretendan convertirle en testigo de lo que no vio, para que lo certifique en retrodiagnóstico, como acto de fe. Como perito indebidamente transfigurado en vidente de lo que le cuenta su paciente.

Si los papeles se confunden en la relación microjurídica de un profesor con sus compañeros, o de un grupo de estudiantes con su profesor, hemos de tomar en consideración que éste es el resultado de la propia naturaleza de la universidad, de la que cada uno es dueño y siervo, en su parte alícuota, en virtud del principio de autonomía universitaria, según el cual la suma de los diferentes colectivos autogobernados por la universidad configura los órganos de una administración que ejerce potes-

SE DEBE ACABAR CON CUALQUIER VESTIGIO DE ACOSO MORAL PERO SIN QUE ELLO SIGNIFIQUE UNA REDUCCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE EJERCER LAS RESPONSABILIDADES DE MANDO Y OBEDIENCIA

tades de gobierno. Lo mismo que en un Estado democrático, pero en un recinto espacial y personalmente más reducido, donde a veces, y en una materia concreta, la misma persona gobierna, mientras que en otra, es gobernada, llegando, en aras al principio de representatividad, a confluir ambas funciones en la misma persona física²⁵.

El caso es que la autonomía universitaria pueda convertir a un mismo sujeto en emisor y receptor de una potestad pública²⁶, de la que podrían obtener beneficio a título privado. Campo proclive, pues, para el desbordamiento de los derechos subjetivos y transmutación en competencias públicas, o para la apropiación de estas últimas en virtud de intereses individuales propios de la relación de servicios, en el desempeño de las competencias orgánicas. En este campo tan abocado a la confusión de derechos y potestades, resulta difícil afrontar el enfriamiento de conductas, el ejercicio objetivo e imparcial de las mismas y la objetividad, para que la legitimidad de la acción colectiva no sea suplantada por el tumultuario linchamiento propio del acoso moral. Resulta imprescindible el trabajo de todos para trazar las fronteras que separen una cosa de otra.

Para la más correcta realización de estas tareas en el ámbito de las universidades públicas parece contarse con un órgano específico que coordine el procedimiento, como es el caso del Defensor Universitario, al que la LOU da su mayor rango jurídico. Pero la distancia entre la realidad vital y un expediente de comprobación de los hechos, es algo parecido a una masa de agua pretendiendo mantenerse en una cesta, sin salirse por sus juntas. Mucha prueba se pierde, demasiados testigos se retraen de declarar en un proceso formalizado, y los afectados mantienen demasiada subjetividad, para no inclinar la balanza de la justicia en demasía hacia sus propios intereses. De otra parte, el propio ambiente en el que se desarrolla el acoso tiene demasiadas veces tomado partido, es decir que está intoxicado por la subjetividad de sus propias creencias. Y la pasión y la razón pocas veces caminan juntas.

Esta situación de partida nos conduce a sugerir la necesidad de organización de equipos multidisciplinarios de diferentes universidades, bajo el arco de la Conferencia de Rectores de Universidades Españolas (CRUE) para que, llegado el caso, y cuando el acoso tuviere

(25) Sobre la singular grandeza de la autonomía universitaria pueden leerse los estupendos trabajos de LUCIANO PAREJO, A.: *La autonomía de las universidades*, VI Curso sobre régimen de las universidades públicas, celebrado en la Universidad de Almería los días comprendidos entre el 25 y 27 de abril de 2001, y obrantes al texto de igual denominación, publicado por la Universidad de Almería, en 2002, págs. 103 a 135; EMBID IRUJO, A.: *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, 1983, págs. 259 y ss. y junto con MICHAVILA PITARCH, F.: *Hacia una nueva Universidad. Apuntes para un debate*, Tecnos, 2001, pág. 13 y ss.; DE BORJA LOPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.: "La autonomía de las Universidades, derecho fundamental: La construcción del Tribunal Constitucional", *Cuadernos Civitas*, 1991 in toto; CHAVES GARCÍA, J.R.: *Organización y gestión de las universidades públicas*, Editorial PPU, 1993; *La Universidad Pública al derecho y al revés. Guía esencial del profesor a las puertas de la reforma universitaria*, Evergráficas, SL 2001; entre otros muchos trabajos y publicaciones, como los relativos a los diferentes seminarios sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria y Cursos sobre régimen de universidades públicas, editados por diferentes universidades y editoriales.

(26) Ejemplo de lo cual contempla la STC 220/2001, de 31 de octubre, por la que se reconoció legitimación para impugnar una decisión del consejo de un departamento de la Universidad de La Laguna a tres profesores integrantes de su consejo, sin que se detuviera la decisión jurisdiccional en si tenían obligación, o no, de abstenerse en una decisión administrativa en la que tenían interés directo.

El concepto de *mobbing* en España

la magnitud suficiente, el rector de la universidad en la que pudiera estarse produciendo un supuesto, a iniciativa del Defensor Universitario, recabará de la CRUE la constitución de un equipo multidisciplinar *ad hoc*, compuesto, según el presupuesto de hecho requiriera, de psicólogo, psiquiatra, experto en organización, asesor jurídico, etc., para que de manera absolutamente independiente rindiera un informe de auditoría de acoso laboral sobre la situación y las medidas pertinentes de solución, subsanando los graves problemas de intentar infructuosamente probar lo que no ha existido, no ha ocurrido, o sobre lo que nadie se atreve a declarar. Evitando, la *probatio diabólica*²⁷ buscando la objetividad necesaria en este tipo de situaciones. En las que ya se ha visto, y creemos que ha podido quedar demostrado, que existen graves problemas de objetivación de las conductas, y de establecimiento de cánones estandarizados de las mismas, que acaban requiriendo de la necesaria experiencia de profesionales dedicados con constancia a analizar un fenómeno de peculiaridades tan singulares.

Y todo lo dicho hasta aquí desde la clara y común mentalidad de que ha de dársele fin al *mobbing*, es decir que hay que acabar con cualquier signo o vestigio de acoso moral, pero sin que ello signifique reducción de la obligación de ejercer las responsabilidades de mando y obediencia, e incluso de presión razonable de los superiores sobre los subordinados, para la mejor realización del trabajo, pues no todas las presiones son perniciosas, sino que antes al contrario, un grado razonable de ellas provoca el mejor desarrollo de las actividades, y su total ausencia, la desaparición del más básico principio de la organización.

Y en mayor medida debe perseguirse la simulación de acoso laboral, en busca de efectos secundarios provechosos de quien falsea dicha declaración con fines espurios. Fuera ya de estas conductas dolosas, debe mantenerse particular cuidado en separar el polvo de la paja, para que la natural conmiseración a la que nos conduce la observación de una persona sujeta a un trastorno depresivo o de ansiedad no nos lleve a culpabilizar indebidamente al que no es responsable de ello, o a dar excesivo valor a la opinión perturbada de quien está sufriendo estos padecimientos y no se encuentra en condiciones de ser testigo de su propia causa, por haber perdido la noción de lo más elemental para hacer un juicio de valor al respecto.

Difíciles posiciones adversas de un mismo dilema, que han de ser observadas con tino y mesura, analizadas con objetividad y sin dejarse llevar por apasionamiento alguno, y diagnosticadas con certeza, para lo cual, más que nunca es difícil ser profeta en la propia patria, y cirujano de la propia dolencia. Razón por la que postulamos una primera instancia de observación por un órgano independiente de la propia universidad, el Defensor Universitario; y una más avanzada, en supuestos de mayor grado de dificultad, por equipos multidisciplinarios bajo el mandato de la CRUE, a requerimiento del rector de la universidad concernida, y a solicitud del Defensor Universitario de la misma. Y éste es nuestro parecer que sometemos humildemente a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

(27) El artículo 36 de la Ley 62/2003, de 20 de diciembre (BOE del 31), invierte en alguna medida la carga de la prueba, rebajando la intensidad del artículo 1214 del Código Civil, responsabilizando al demandante de discriminación de aportar "indicios fundados de discriminación", y al demandado de aportar "una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad". En los mismos términos cambia el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral, Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Constitución. A) Constitución y Ley. B) Constitución y prácticas o decisiones empresariales. **2. Ley.** **3. Legislación estatal y Comunidades Autónomas.** **4. Derecho comunitario.** **5. Convenio colectivo.** A) Acuerdos Marco. B) Sucesión de convenios. C) Prohibición de concurrencia. D) Interpretación. E) Impugnación. F) Convenios colectivos y proyectos empresariales. **6. Contrato de trabajo.** **7. Condición más beneficiosa.** **8. Absorción y compensación.**

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de 2004 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1193 a I.L. J1784)

1. CONSTITUCIÓN

La Constitución Española, norma fundamental del ordenamiento, sirve de fundamento para la resolución de un buen número de litigios, no sólo ante el Tribunal Constitucional, sino también en órganos inferiores. Los asuntos tratados en este período son de una gran variedad, y sin embargo giran en torno al mismo precepto. En efecto en todos ellos el artículo 14 constituye el núcleo del debate. Las sentencias que van a ser comentadas abarcan desde el control de constitucionalidad de normas de Seguridad Social hasta la puesta en cuestión de determinadas actuaciones o decisiones empresariales. Las normas autonómicas y los convenios colectivos no son ajenos tampoco a las disputas ante el Tribunal Constitucional.

A) Constitución y Ley

El Tribunal Constitucional se pronunció en la **STC 186/2004, de 2 de noviembre**, I.L. J 1596, sobre el presunto trato discriminatorio que sufren los beneficiarios de pensión de viudedad que contrajeron matrimonio con soltero, frente a quienes lo hicieron con persona cuyo vínculo matrimonial fue posteriormente disuelto o anulado. Mientras los primeros perciben la pensión íntegra, los segundos la ven reducida en la parte que, *prorrata temporis*, se le concede al anterior cónyuge del fallecido, cuando el perjuicio económico

por la muerte del causante lo sufre únicamente el cónyuge supérstite. El Tribunal, recordando una abundante jurisprudencia al respecto, admitió las diferencias de trato siempre que se hallen objetivamente justificadas y superen el juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida. En este caso concreto, el Tribunal apreció un claro elemento diferenciador entre los dos supuestos planteados, que reside en el tiempo de convivencia marital del causante durante el cual se ha realizado la pertinente cotización a la Seguridad Social. Dicho período fue considerado como interés digno de protección, justifica de forma objetiva y razonable la inclusión de los anteriores cónyuges en la titularidad de la pensión de viudedad, ello siempre en proporción al tiempo efectivamente convivido, que se convertirá en el criterio de reparto.

La **STC 149/2004, de 20 de septiembre**, I.L. J 1381, por su parte, abordó una cuestión que ya había sido objeto de análisis en la STC 78/2004, I.L. J 212, comentada en otra crónica anterior (*Justicia Laboral*, núm. 20), cual es el hecho de que el artículo 138 LGSS podía ser contrario al artículo 14 CE en la medida en que impide declarar gran inválido a quien tenga más de 65 años y cumpla los requisitos necesarios para acceder a la jubilación. El razonamiento empleado para la solución del problema fue similar al utilizado en la sentencia aludida y en aquellas en las que se fundamentaba. La libertad de configuración de la que goza el legislador a la hora de establecer la protección social ampara perfectamente la decisión tomada, y el hecho de que “se continúe trabajando pese a reunir los requisitos para la jubilación no implica necesariamente que deba recibirse el mismo tratamiento ante la pérdida de capacidad laboral que el que resultaría aplicable si ésta sobreviniera antes de reunir los requisitos ordinarios para la jubilación”.

Una cuestión de carácter organizativo en la Administración se analizó en la **STC 110/2004, de 30 de junio**, I.L. J 1348. El trato discriminatorio combatido se fundamentaba en el origen del personal de la Administración autónoma de las Islas Baleares, dado que se contemplaba un peor trato al personal transferido, al diferirse el abono efectivo de sus salarios durante cuatro ejercicios. Conforme a una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad se manifiesta en los procesos de reordenación Administrativa impidiendo la existencia de tratos desiguales como consecuencia del sistema de transferencias de personal. En cualquier caso, las diferencias de trato sólo se justifican durante el período transitorio, pero no, como aquí sucede, cuando ya se ha perfeccionado la asimilación del personal. Así pues, el Tribunal estimó la existencia de un trato discriminatorio al considerar que las limitaciones presupuestarias alegadas por la Administración balear no pueden servir para configurar un régimen retributivo distinto para determinados empleados públicos dependientes de esta misma Administración y que ocupan puestos similares.

B) Constitución y prácticas o decisiones empresariales

Es ya común afirmar que la empresa no es un espacio estanco a la influencia de los Derechos Fundamentales. Las sentencias recogidas en este apartado de la Crónica reflejan cómo el principio de igualdad y la prohibición de discriminación invalidan decisiones

I. Fuentes del Derecho

empresariales que perjudicaban a los trabajadores demandantes, manteniendo, eso sí, posibilidades de modulación para permitir determinadas prácticas empresariales consideradas admisibles.

El caso que dio lugar a la **STC 161/2004, de 4 de octubre**, I.L. J 1501, es un claro ejemplo de la problemática expuesta. La demandante denunció una discriminación por razón de sexo al suspenderse su contrato, sin derecho a una contraprestación salarial, por una supuesta imposibilidad alegada por la empresa para desempeñar sus funciones como piloto por razón de embarazo. A ello se añade que ésta disfrutaba de un título que le permitía la realización de otro trabajo en tierra, que la empresa le denegó, desde un primer momento, por falta de vacantes. El Tribunal Constitucional volvió a señalar la necesidad de que el trato desigual se justifique en motivos objetivos, razonables y suficientemente fundados, que aquí no se aprecian, pues no cabe entender la supuesta falta de aptitud de la demandante en sentido abstracto sino en relación con su estado de embarazo. Para el Tribunal, el derecho a la igualdad por razón de sexo se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando el poder de dirección y organización del empresario. En este caso, la empresa tuvo la posibilidad de ofrecer a la trabajadora un empleo en tierra adecuado a su estado de gestación, por lo que su decisión de suspender el contrato de trabajo resultaba carente de justificación y, por ello, discriminatoria por razón de sexo.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 9 de junio de 2004**, I.L. J 1432, por su parte, sí admitió las diferentes retribuciones fundadas en razones objetivas. El caso estudiado trataba de un grupo de trabajadores en una empresa de confección que recibían un salario más alto, como consecuencia del acuerdo por el que eran trasladados desde otra empresa. Los representantes de los trabajadores exigían para la totalidad de la plantilla el régimen retributivo más elevado, por considerar la situación contraria al principio de igualdad. La sentencia señaló, de forma quizás excesivamente tajante, que “el empresario privado no está sometido de forma absoluta al principio de igualdad”, para entrar a analizar si la diferencia retributiva estaba justificada o no. Según el parecer de la Sala, sí lo estaba pues obedecía “a la existencia de una compensación por la aceptación voluntaria de un cambio de empresa”. Además de reconocer la procedencia de la medida, la sentencia señala un interesante detalle, como es que “la existencia de una dirección unitaria o de un grupo empresarial no implica obligatoriamente que las condiciones laborales de todos los trabajadores de las empresas implicadas deban ser las mismas”, una clara muestra de las tendencias flexibilizadoras que se hallan hoy en día en el Derecho del Trabajo.

La justificación objetiva y razonable que exige todo trato desigual no se apreció, en cambio, en el caso analizado por la **STC 104/2004, de 28 de junio**, I.L. J 1347, relativa a la inclusión de los trabajadores en una u otra modalidad de un mismo plan de pensiones en función de la modalidad de contratación, temporal o indefinida, que disfrutasen en el momento en el que la empresa suscribió el referido plan. Para el Tribunal Constitucional, tal diferenciación, que obliga a considerar que los trabajadores temporales no ingresaron en la empresa hasta el momento en el que adquirieron la condición de fijos, no descansa en una razón objetiva, justificada y relevante, sino en una discriminación que hace a los trabajadores temporales de peor condición que los fijos “perjudicando con ello sus inte-

reses en cuestión de tanta trascendencia como la relativa a la causación de sus derechos de pensión futuros”.

En crónicas anteriores se han analizado varias sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia sobre las diferencias establecidas en la Entidad Pública Correos y Telégrafos entre trabajadores indefinidos y temporales a la hora de cobrar determinados complementos salariales. Ahora se estudiará el pronunciamiento del Tribunal Supremo en unificación de doctrina sobre la distinción en la percepción de la paga de beneficios y los incentivos de productividad. La **STS de 27 de septiembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1345, empleó un abundante material jurisprudencial para zanjar la cuestión, tanto del Tribunal Constitucional como de la propia Sala. Recordó su doctrina general para admitir tratos no iguales si “la regulación diferente (...) va referida a distintas actividades y responde a las peculiaridades de cada una de ellas y las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción son adecuadas y proporcionadas”. Como en las restantes ocasiones ha sucedido, el fallo consideró que las circunstancias del caso no encajaban en esa regla, careciendo de justificación alguna la diferencia a la hora de abonar los complementos indicados. Esta sentencia opta por una “clara defensa de un 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”.

2. LEY

Los problemas jurídicos estudiados aquí, bajo el epígrafe “Ley”, no hacen referencia al propio contenido material de la norma sino a problemas de índole formal. En concreto, la vigencia en el tiempo del tan discutido Decreto-Ley 5/2002 ha dado lugar a una considerable litigiosidad, que ha alcanzado ya la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Así, la **STS de 15 de septiembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1224, estudió en unificación de doctrina la solución que debía darse al abono de salarios de tramitación en los despidos ocurridos durante la vigencia del Decreto-Ley 5/2002. La Sala, ateniéndose a la letra de la norma, decidió que no debían abonarse los salarios de tramitación. Ello no implicaba discriminación alguna, a juicio del Tribunal, como había alegado la parte recurrente, frente a la situación regulada para el despido nulo, por depender de “situaciones singulares y conductas individuales”. Suprimir el abono de los salarios de tramitación era una facultad legítima del Gobierno en su conducción de la política social, y la posible inconstitucionalidad de la medida debería haber sido consultada al Tribunal Constitucional y no al Tribunal Supremo.

La misma solución se apuntó en la **STSJ de La Rioja de 22 de junio de 2004**, I.L. J 1495, en la que se denegó el abono de los salarios de tramitación en un despido improcedente acaecido durante la vigencia del Decreto-Ley 5/2002. Esta sentencia presenta la particularidad de entrar a analizar, además de la normativa nacional, la Directiva comunitaria 80/987, relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial.

I. Fuentes del Derecho

Las disquisiciones de la sentencia a propósito de la jurisprudencia comunitaria son completamente erróneas y desencaminadas, no entendiéndola en absoluto el contenido de la STJCE Jiménez Caballero e interpretándola exactamente en sentido contrario, a la luz de las indicaciones del Tribunal Supremo. La Sala no elabora una argumentación propia, sino que se limita a reproducir una sentencia del Tribunal Supremo de dudosa aplicabilidad al caso, y que prueba una vez más el escaso conocimiento que los órganos judiciales nacionales tienen del Derecho comunitario.

3. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El proceso de transferencia de competencias y medios materiales y personales del Estado a las Comunidades Autónomas continúa dando lugar a pronunciamientos judiciales sobre cuestiones de especial incidencia económica. Los gastos de colegiación del personal sanitario transferido han dado lugar a una larga serie de sentencias que se pronuncian sobre quién ha de responder de las deudas económicas contraídas en períodos anteriores al proceso de transferencia sanitaria.

Ratificándose en la línea que ya ha sido ampliamente reflejada en otras Crónicas, la **STS de 13 de julio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1199, entre otras muchas, insiste nuevamente en que es deber de la Administración Central el abono de las cuotas adeudadas que fueran anteriores al traspaso efectivo de las competencias a la Comunidad Autónoma. La solución, como ya se ha apuntado en crónicas anteriores, viene dada por la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/1983, del Proceso Autonómico. Dicho precepto dispone que “la Administración estatal será responsable de los atrasos o cualesquiera indemnizaciones a los que tuviera derecho el personal por razón de su situación con anterioridad al traslado”. Dicha norma establece, como criterio de imputación de la responsabilidad del pago, el momento en que nació la obligación pendiente de satisfacer, por lo que corresponde al INSALUD el abono de las cuantías devengadas con anterioridad a las transferencias.

4. DERECHO COMUNITARIO

La creciente importancia del Derecho comunitario en la regulación de la materia social empieza a notarse ya en los Tribunales. En este apartado no se analizarán sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sino las invocaciones directas de las normas comunitarias que Tribunales españoles han hecho para resolver litigios, no tanto en lo que concierne al fondo del asunto sino a la fuente del Derecho misma. El principio del efecto directo está siendo invocado cada vez con mayor frecuencia y si bien numerosos órganos judiciales muestran aún un conocimiento muy deficiente del ordenamiento comunitario, puede decirse que los Jueces y Tribunales españoles empiezan a asumir su lugar como juez natural del Derecho comunitario.

Uno de los campos del Derecho laboral donde se está recurriendo con mayor frecuencia a la invocación directa del Derecho comunitario, y no sólo en nuestro país, es el del tiempo de trabajo en el sector sanitario. Varias sentencias del Tribunal de Justicia de las

Comunidades Europeas han abierto nuevos caminos de interpretación, y los Tribunales Superiores de Justicia están aplicando, de maneras diversas, la jurisprudencia comunitaria. En esta línea, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de mayo de 2004**, I.L. J 1278, estudió la situación de un grupo de facultativos sanitarios cuya jornada, computando en ella el tiempo de guardias de atención continuada, sobrepasaba la jornada máxima legal y la prevista en la Directiva 93/104. En la línea de la mayor parte de los Tribunales Superiores de Justicia, la Sala en esta sentencia negó la aplicabilidad directa invocada de la norma comunitaria. Señaló que de aceptarse la pretensión de la parte actora “se estaría efectuando una interpretación limitadora de las facultades normativas de las Administraciones y se privaría a las partes de la posibilidad de desarrollar e interpretar la Directiva”.

En cambio, la **STSJ de Cantabria de 23 de julio de 2004**, I.L. J 1365, sí empleó como fundamento de su decisión la aplicación directa de una Directiva comunitaria. El Servicio Cántabro de Salud había denegado el abono de trienios a una planchadora alegando que era personal temporal, y tal concepto retributivo sólo estaba destinado al personal fijo. La Sala recurrió a la invocación directa de la Directiva 1999/70 para hacer encajar a la demandante en el concepto de “trabajador”, señalando que “a efectos de la aplicación de la Directiva hay que tener en cuenta que el concepto de trabajador en el Derecho Social Europeo tiene naturaleza propia y autónoma, no correspondiendo a los Estados la definición de lo que ha de entenderse como tal”. Constatada entonces la no transposición expresa de dicha Directiva en lo que se refiere, la sentencia recogió un resumen de la doctrina del TJCE en estos casos, para concluir que debía reconocerse el derecho a los trienios de la trabajadora temporal. La sentencia concluyó señalando expresamente que se hallaba ante una situación de “efectos verticales de una Directiva suficientemente clara y precisa en su contenido (...) y el Derecho español ha de interpretarse de conformidad con la misma, puesto que de lo contrario se vulneraría por el Estado español (...) el contenido de la citada Directiva y con ello sus obligaciones dentro de la Unión Europea”.

5. CONVENIO COLECTIVO

A) Acuerdos Marco

La naturaleza normativa del Acuerdo Marco de Correos y Telégrafos ya ha sido objeto de varias sentencias del Tribunal Supremo, a las que viene a añadirse la aquí comentada. La **STS de 26 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1661, ha reiterado una vez más que el “Acuerdo no es una norma jurídica invocable en casación”. Carece de publicación oficial, no procede de ninguna autoridad con competencia normativa en nuestro Derecho y ni fue tramitado ni publicado como Convenio Colectivo estatutario. Es importante recalcar esta última precisión porque en ocasiones se ha intentado presentar como tal, cuando está terminantemente prohibido, como ha señalado insistentemente la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, regular unitariamente las condiciones de trabajo de los funcionarios y del personal laboral.

I. Fuentes del Derecho

B) Sucesión de convenios

La sucesión de empresas es una materia que sigue planteando un importante número de litigios. La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1532, estudió la situación de dos trabajadoras a las que, tras la subrogación de su empresa por Eulen, no se les había aplicado ninguno de los convenios colectivos (de empresa, provincial y estatal) en vigor antes de la cesión. Recurriendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo para justificar su decisión, la Sala determinó que el convenio colectivo aplicable era el de la empresa cedente únicamente, “hasta que el Convenio (...) fuese sustituido por otro de naturaleza convencional (sic)”. En la argumentación de la sentencia se invocó también el efecto directo de la Directiva 77/178 para reforzar su postura y descartar la aplicación del Convenio Provincial, por entender que había sido sustituido por el de la empresa cedente.

C) Prohibición de concurrencia

Como se sabe, uno de los principios más importantes en el marco de la negociación colectiva es la prohibición de concurrencia entre convenios. La posible vulneración de ese principio fue la cuestión analizada en la **STSJ de Galicia de 2 de julio de 2004**, I.L. J 1780, en la se recogieron apreciaciones muy interesantes a propósito del papel de la autoridad laboral en el control de los convenios colectivos. En el caso resuelto, un convenio de empresa había invadido el ámbito de lo regulado por un convenio de ámbito estatal. La petición de la empresa de mantenerlo en vigor se basaba en que la autoridad laboral, al examinarlo y autorizar su publicación, no había encontrado nada que imposibilitara su aplicación. La Sala señaló que “el hecho de que la autoridad laboral no lo hubiera impugnado no quiere decir que sea legal y por ello válido y eficaz *erga omnes*, porque precisamente compete a los tribunales a través del procedimiento correspondiente velar por su legitimidad”. El convenio de empresa fue declarado nulo por infringir lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, puesto que no encajaba en ninguna de las excepciones previstas para la concurrencia autorizada de convenios.

D) Interpretación

Recogiendo lo contenido en una sentencia anterior (I.L. J 430), ya comentada en otra Crónica, la **STS de 12 de julio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1629, insistió en la libertad de apreciación de la que gozan los órganos jurisdiccionales de instancia a la hora de interpretar convenios colectivos. Dentro de ese margen de actuación, uno de los instrumentos hermenéuticos principales es la interpretación gramatical. La opción por ese criterio no puede ser cuestionada por las partes y ha de considerarse válido, salvo que pueda “tildarse de irrazonable [o] ajena a la lógica o vulneradora de las normas que regulan la hermenéutica”.

E) Impugnación

Varios son los motivos, como es sabido, que pueden llevar a la impugnación de un convenio colectivo y la consiguiente pérdida de su valor como fuente del Derecho. Uno de

ellos es la falta de legitimación suficiente para haberlo negociado. La **STS de 7 de julio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1329, resolvió la impugnación por este concreto motivo del Convenio Colectivo Estatal de Jardinería, y estudió particularmente las formas de prueba de la representatividad empresarial. En el caso analizado, constaban 364 empresas en el Registro Mercantil y 2.788 en la Seguridad Social, representando la patronal firmante a 7 de ellas, como habían señalado las asociaciones patronales excluidas de la negociación. La Sala consideró tal desproporción frente a los números totales del sector como una muestra evidente de la falta de representatividad. La sentencia señaló el Registro de Inscripción y Afiliación de empresas a la Seguridad Social como una de las fuentes principales que debe ser consultada a la hora de comprobar cuántos empresarios se hallan presentes en un sector, precisando que las empresas en él incluidas son “empresas con trabajadores por cuenta ajena”, y los trabajadores autónomos se hallan excluidos de tal definición.

F) Convenios colectivos y proyectos empresariales

En ocasiones es difícil diferenciar el convenio colectivo de otras figuras presentes en la práctica empresarial, ya no sólo para los analistas externos sino también para los propios actores de las relaciones laborales. Muestra de ello es la **STS de 16 de septiembre de 2004**, I.L. J 1315, Sala Cuarta, que resolvió el conflicto colectivo planteado por los sindicatos contra el proyecto de “Banca comercial” de BANCAJA. El núcleo del procedimiento era la posición de los demandantes considerando que tal proyecto modificaba al convenio colectivo de sector, lo cual, de ser cierto, implicaría consecuencias imprevistas sobre la naturaleza del acto empresarial. El Tribunal desestimó este argumento, y falló que el acto objeto del proceso era en realidad “un sistema de organización comercial y de retribución variable diferente a la anteriormente existente susceptible de modificación y respecto del cual no se ha justificado perjuicio alguno para los trabajadores”.

6. CONTRATO DE TRABAJO

Encuadradas en el marco de la autonomía de la voluntad, las cláusulas de blindaje originan cuantiosos problemas por las elevadas cantidades que suelen considerar, en especial cuando se produce una transmisión de la empresa. La **STSJ de Navarra de 4 de mayo de 2004**, I.L. J 1293, estudió el caso de un trabajador para quien se había establecido una indemnización complementaria de 150.000 euros en caso de despido en un anexo de su contrato de trabajo. Tiempo después de la firma, la empresa original se integró en otra, subrogándose ésta en los derechos y deberes laborales de la primera. Alegando una disminución reiterada y voluntaria de su rendimiento, el trabajador fue despedido, consignando la empresa una indemnización que no incluía los 150.000 euros, objeto de la discusión posterior en sede judicial.

La Sala falló basándose en el artículo 1257 del Código Civil: los contratos sólo deben surtir efectos entre las partes contratantes. En una línea jurisprudencial ya consolidada de interpretación restrictiva de las cláusulas de blindaje, el Tribunal consideró sospechosa

I. Fuentes del Derecho

la inclusión de la cláusula en fechas muy próximas a la transmisión de la empresa, y señaló que este tipo de pactos “deben interpretarse en sus propios términos, para que no lleguen a convertirse en un instrumento de presión irregular del directivo sobre la empresa, y para no otorgar al contrato de dirección de [sic] una fijeza virtual, que la Ley no le concede”.

7. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

A la manera de una copiosa jurisprudencia anterior, la **STSJ de Aragón de 30 de junio de 2004**, I.L. J 1534, ha limitado la extensión de esta regla, tan característica del Derecho Laboral, en el ámbito de la Administración Pública, a propósito del debate en sede judicial sobre la modificación de unos complementos salariales. Los argumentos presentados por la sentencia se fundamentaban en el respeto del principio de legalidad, ya que en las Administraciones Públicas se impone “frente a pretendidos derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas, la sujeción estricta de las condiciones de trabajo a lo legalmente previsto, sin posible desviación por razones de mera tolerancia o error provenientes de quienes no ostentan jurídicamente la potestad de vincular a la Administración con sus decisiones”.

8. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN

La jurisprudencia sobre esta figura es muy abundante, y a menudo aparecen pronunciamientos que permiten matizarla y perfilarla aun más. La **STS de 6 de julio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1624, estudió si resulta procedente la compensación entre un concepto salarial por unidad de tiempo y otro concepto que retribuye el resultado del trabajo desde la perspectiva de la intervención del trabajador en una operación entre la empresa y un cliente. Reiterando una doctrina ya firmemente consolidada, la Sala señaló el requisito imprescindible de la homogeneidad entre las retribuciones para proceder a la absorción y compensación, condición que no se daba en el presente supuesto.

Por su parte, la **STS de 17 de septiembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1763, recordó otro de los requisitos fundamentales de la doctrina jurisprudencial sobre la absorción y compensación. Junto al mentado anteriormente de la homogeneidad, la Sala señaló que la compensación “es siempre posible salvo que uno de los conceptos retributivos que intervienen en la operación sea inabsorbible por propia naturaleza o por expresa disposición de la norma legal o convencional”. La discusión en este caso se centraba en la reclamación de un trabajador que recibía un plus de penosidad y un “comp.cal/can-grat.vo” no regulado en el Convenio colectivo y vinculado a la cantidad y calidad del trabajo.

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO

II. TRABAJADOR**Sumario* :**

Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente.

d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.

2. Supuestos incluidos. A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar.

c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos.

h) Estibadores portuarios. D) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.**

A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos.

D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros.

H) Religiosos. I) Trabajadores extranjeros. J) Otros. **5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social.**

A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.

b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesíásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad.

b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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.**

b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 (2004) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1193 a I.L. J 1784) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

– STSJ de Cataluña de 26 de mayo de 2004 (recurso de suplicación 9733/2003), I.L. J 1515.

1. La presente sentencia resuelve el recurso planteado en suplicación por D. Lázaro y D. Gregorio contra la decisión adoptada en instancia por la que se desestimaba de forma íntegra su demanda por despido presentada contra dos empresas –Talleres Cayme, SL y Nestlé España, SA– y el FOGASA. La causa de desestimación es la apreciación de la excepción de incompetencia alegada por las demandadas, entendiéndose competente el orden jurisdiccional civil pues de los hechos considerados probados no se deriva la existencia de relación laboral. Entre los fundamentos de hecho tenidos en cuenta por el Tribunal Superior de Justicia destaca en primer lugar que el objeto social de la empresa Talleres Cayme es la reparación y mantenimiento de montajes metálicos e instalaciones industriales completas. En segundo término se hace constar que fueron los demandantes y hoy recurrentes quienes contactaron con la empresa citada ofreciendo sus servicios como trabajadores autónomos especializados en trabajos de tubero y soldadura, empezando a prestar sus servicios como tales para dicha entidad. Dado el objeto de la sociedad limitada y ante la necesidad de reformar y mejorar su cadena de montaje la segunda empresa demandada, Nestlé SA, contrata con la primera sus servicios negociando directamente con ella. Posteriormente Talleres Cayme remitió las labores de tubero y soldador a los demandantes, cuya actividad era controlada por Nestlé y retribuida por Cayme contra factura, resultando un promedio de 104 euros y 98 euros diarios, respectivamente. Los demandantes prestaban igualmente sus servicios especializados de forma directa a otras sociedades de la zona, no vinculadas con ninguna de las demandadas. Ellos mismos organizaban su trabajo de forma autónoma, en el tiempo que decidía. Consta que estaban dados de alta en el RETA y en el IAE. Por otra parte, cuando acudían al centro de trabajo de Nestlé, lo hacían con una acreditación especial distinta a la de los asalariados de dicha empresa, fichaban en un reloj distinto destinado al control del personal ajeno a la sociedad, no podían hacer uso de las instalaciones de parking ni cafetería, y llevaban su propio vestuario de trabajo adquirido por ellos mismos. Finalizadas las obras de remodelación de las instalaciones de Nestlé, se da por terminada su relación mercantil con Talleres Cayme, que a su vez, resuelve su relación con los actores, quienes proceden a darse de baja

II. Trabajador

en el RETA e IAE, así como a iniciar procedimiento por despido improcedente contra las repetidas entidades societarias.

2. Ante el relato fáctico enunciado el TSJ de Cataluña inicia la fundamentación jurídica de su decisión partiendo del presupuesto ya consolidado de que los contratos poseen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional con independencia de la denominación otorgada por los intervinientes. Una consideración previa de interés es que, dado que las empresas demandadas sostienen la extralaboralidad de la relación mantenida con los demandantes el tribunal entiende que corresponderá a éstos demostrar la concurrencia de los elementos constitutivos de la relación laboral conforme al art. 1.1 ET. A partir de aquí se analiza la casuística del concreto supuesto para determinar cuál es la verdadera naturaleza jurídica del vínculo, tratando de establecer de manera central la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia. En relación con esta última se señala que la dependencia en la actualidad no se conforma como una subordinación estricta e intensa, pues cada vez más se estructura por la jurisprudencia e incluso por las normas legales de forma flexible, configurándose como la inclusión del trabajador en el ámbito de organización y dirección de una persona. La solución que se alcanza es la consideración de los demandantes como trabajadores autónomos, especializados en trabajos de tubero y soldador teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: su alta en el RETA y en IAE; la utilización de ropa propia sin que ninguna de las demandadas influya en esta decisión; la autonomía con que fijan la forma de llevar su trabajo y establecer su horario; la ausencia de poder disciplinario de las empresas sobre su actividad; el sistema de facturación que llevaban, unido a las correspondientes declaraciones de IVA; y de manera decisiva el hecho de que los actores asumieran el riesgo empresarial que se evidencia en que su retribución va siendo cada vez menor en la medida en que los servicios necesitados por Nestlé se van concluyendo.

3. Ante los hechos probados y los argumentos jurídicos utilizados no queda más que mostrar mi pleno acuerdo con la decisión del TSJ en un supuesto típico de subcontratación legal. Desde mi punto de vista resulta fundamental la ausencia de exclusividad de la prestación de servicios de los actores, que realizaban asimismo trabajos especializados para otras empresas, que a su vez no mantenían relación jurídica alguna con las demandadas. De igual modo el conjunto de indicios sometidos a consideración del tribunal son suficientes para demostrar la ausencia de ajenidad en los riesgos de la relación, así como la falta de dependencia. En este sentido es importante destacar, como así se hace en la sentencia comentada, que las cantidades percibidas por los actores son el resultado de un promedio extraído de las facturas emitidas por ellos durante la vigencia de su relación con las demandadas y que respondía al tiempo dedicado a la realización de los servicios requeridos, que variaba en función de las necesidades eventuales de las demandadas.

– STSJ de Cantabria de 10 de agosto de 2004 (recurso de suplicación 835/2004), I.L. J 1522.

1. Se vuelve a examinar en esta sentencia los hechos que llevaron a la actora a plantear demanda por despido contra el Ayuntamiento de Castro Urdiales y la Asociación Banda de Música de Castro Urdiales. Dicha demanda fue desestimada en su totalidad por la

magistrada de instancia, quien no entró en el fondo del asunto por considerar la incompetencia de la jurisdicción social ante la ausencia de relación laboral. Ante el recurso de suplicación presentado contra esta decisión el TSJ se apoya en el siguiente relato de hechos probados: La actora concertó de manera verbal un contrato con el Ayuntamiento de Castro Urdiales por el que se comprometía a prestar servicios como profesora de música para niños entre 3 y 8 años en el curso escolar 2002/2003, con un horario diario de 11 a 13 h, y a cambio de una retribución fija y periódica de 120 euros mensuales que retribuía el gobierno municipal con cargo a determinadas subvenciones; La demandante formaba parte de la Banda Municipal de música de dicho Ayuntamiento, participando en conciertos y ensayos a cambio de cantidades previamente pactadas; Se acordó el abono por clase impartida, de manera que si por enfermedad u otra causa la actora no podía dar sus clases, éstas no le eran abonadas. Del mismo modo no se acordó el disfrute de vacaciones retribuidas; El Ayuntamiento facilitaba las aulas, los instrumentos musicales y la financiación de los cursos; la actora no determinaba la inscripción de alumnos, que era controlada por el Director de la Banda de Música.

2. Ante los hechos considerados como relevantes para la revisión de la causa el TSJ parte de la necesidad de valorar la naturaleza jurídica de los contratos por su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen quienes los pactan, por lo que procede a examinar las circunstancias del presente supuesto para observar la concurrencia de los presupuestos de laboralidad consagrados por el art. 1.1 ET. De forma básica trata de determinar la presencia en el supuesto de los rasgos de dependencia y ajenidad, fundamentales para que la presunción favorable a la existencia de contrato de trabajo contenida en el art. 8.1 ET sea activada. Teniendo en cuenta tales consideraciones el TSJ toma en consideración los siguientes datos fácticos. En primer lugar, la circunstancia de la exclusividad con que la actora presta sus servicios personales sin aportar material alguno, y utilizando las instalaciones que facilita el Ayuntamiento demandado. Por otra parte, la demandante no desempeña sus funciones de forma autónoma sino sometida al control del Director de la Banda de música municipal. Del mismo modo, no es ella quien determina el número de alumnos por clase, ni dirige su selección, sino el propio Ayuntamiento. Finalmente, su actividad es retribuida con una contraprestación fija mensual, con cargo a una subvención municipal. Todo ello lleva al tribunal a concluir la presencia de los rasgos de dependencia y ajenidad y con ello de relación laboral en el supuesto, reconociendo el derecho solicitado por la demandante.

3. En efecto, las circunstancias que concurren en el supuesto llevan a concluir la laboralidad de la relación mantenida por la demandante. Esta relación se establece entre esta última y el Ayuntamiento de Castro Urdiales, verdadero empleador de los servicios como profesora de música de la actora y única cuestión criticable de la sentencia, dado que no ha sido examinada por la misma siendo codemandado en el proceso. En consecuencia la Banda de música del municipio queda, a mi modo de ver, excluida de toda responsabilidad, constituyendo un mero intermediario en la relación jurídica. Señalar igualmente que no son relevantes hechos tales como la falta de retribución de las vacaciones, o el

impago de las clases no impartidas a los efectos de determinar la laboralidad de la relación, ya que en realidad son consecuencia del uso fraudulento de la contratación civil.

c) Actividad dependiente

– STSJ de Asturias de 18 de junio de 2004 (recurso de suplicación 1520/2004), I.L. J 1571.

1. El demandante había constituido una sociedad en 1999, en la que prestan servicios, junto a él, otros cinco letrados. Desde finales de la década de 1980, una compañía de seguros encarga sus asuntos a dicho despacho y el demandante los atiende, si bien también lo hacen sus compañeros de despacho, retribuyéndose los servicios mediante minuta profesional, en cuantías acordadas con la aseguradora. El despacho ha prestado sus servicios profesionales también para otras compañías, si bien el volumen de trabajo que da ésta aseguradora pasó de ser del 47 por 100 en 1999, al 45 por 100 en 2000, al 49 por 100 en 2001 y al 73 por 100 en 2002, respecto del total. En los dos últimos años el nivel de encargos de la aseguradora se había reducido por disminución del número de pleitos de la compañía y porque comenzó a encomendar parte de ellos a otro letrado. En definitiva, la aseguradora comunicó que no encargaría más asuntos al despacho del actor. El demandante llevaba la gestión de los asuntos en su propio despacho abierto al público, si bien, una o dos veces por semana, él o los compañeros de despacho, pasaban a recoger los expedientes a la oficina de la aseguradora. Si se producía alguna notificación legal relativa al sector de seguros, el demandante impartía alguna charla al personal de dicha oficina.

El demandante interpuso demanda en los Juzgados de Primera Instancia, en reclamación de minutas de honorarios pendientes, que fueron tramitadas.

2. La sentencia del TSJ niega la existencia de contrato de trabajo, por no existir la nota de la dependencia entre un despacho de abogados, del que forman parte cinco letrados, con la diversidad de clientes y de actividad profesional, y la compañía mercantil de seguros que le encomienda la defensa de sus intereses y los de sus clientes. Tampoco puede hablarse del carácter personal de la relación mantenida por el demandante con la aseguradora, ya que consta probado que la gestión de los asuntos la llevaba unas veces el demandante y otras cualquiera de los otros cinco de los letrados del despacho. Esa conclusión es la misma que mantuvo el demandante al plantear la reclamación de sus emolumentos en vía civil.

3. La intercambiabilidad de los letrados en servicio de la aseguradora es el elemento fundamental para rechazar la existencia de un contrato de trabajo. No es suficiente con que el demandante tenga, además de la actividad para la aseguradora, un despacho abierto al público, ni que colaboren en esta última actividad otros letrados asociados con él. Tampoco es relevante que iniciara un pleito civil, si luego se percata de la falta de jurisdicción del órgano de lo civil, o lo decide éste. No hay suficientes datos para negar la dependencia y, en cambio, existe alguno para afirmarla, como el hecho de ir una o dos veces por semana a buscar expedientes a la oficina de la aseguradora y dar alguna charla básica a los empleados que trabajaban en esa oficina, en orden al mejor conocimiento de la normativa de seguros. No existe incompatibilidad entre una pluralidad de contratos civiles o mercantiles

con clientes del despacho y un contrato de trabajo de un socio del bufete con una aseguradora. Con todo, la asistencia fungible del demandante por sus compañeros, impide que se afirme que existe contrato de trabajo.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

e) Artistas en espectáculos públicos

– STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2004 (recurso de suplicación 9498/2003), I.L. J 1512.

1. Los hechos que motivaron la controversia jurídica que ahora viene a resolver la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tienen su origen en una demanda planteada ante el Juzgado de lo Social por dos trabajadores contratados por la empresa de un parque temático a través de diversos contratos de trabajo como artistas profesionales, todos ellos temporales. La empresa explotadora del parque ofrece al público atracciones y espectáculos para el entretenimiento de los visitantes durante el período de apertura que se extiende cada año de marzo a noviembre aproximadamente. Para ello se contratan los servicios de actores y actrices profesionales como los ahora demandantes que, bien en escenarios preparados al efecto o bien a la intemperie, desarrollan una actividad de animación en las instalaciones. Cuando estos profesionales tuvieron conocimiento de que no serían convocados para firmar los contratos con vistas a la nueva temporada, demandaron la consideración de fijos discontinuos desde su primera incorporación a la empresa y su consiguiente derecho al llamamiento para la nueva temporada de actividades. En la primera instancia se desestimó la demanda y contra la sentencia del Juzgado de lo Social, se interpuso Recurso de Suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, cuya sentencia es objeto del presente comentario.

2. En esta sentencia, la Sala comienza por recordar, con apoyo en la propia doctrina del Tribunal, que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a las partes, no es algo que quede a la libre disposición de éstas, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual. A continuación se pone igualmente de manifiesto cómo en la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos cabe pactar la temporalidad del contrato como regla general, al contrario de lo que ocurre en la relación laboral común. Y ello debido a las particularidades de la actividad y del propio artista, que exigen una aptitud y una cualificación especiales en permanente renovación y también dada la naturaleza de la actividad y el marco en el que ésta se desarrolla que está sometida a permanentes cambios e innovaciones. Éstos son los motivos por los que a juicio de la Sala el marco jurídico general no resulta funcional y hace necesaria la

II. Trabajador

existencia de una normativa específica para la regulación de estos contratos a través del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto. Pues bien, en la sentencia se sostiene que en la regulación específica se impone la temporalidad como una regla básica y de general aplicación “dado que en el mundo artístico es menester sustituir y cambiar a quienes desarrollan una actividad de esta clase para impedir que decaiga o desaparezca el interés del público”. En el presente caso, los codemandantes ingresaron en la empresa mediante un contrato de trabajo de artistas profesionales al amparo del mencionado Real Decreto de 1985, así que es claro para el Tribunal que si la relación mantenida ha de encuadrarse dentro de esta relación laboral especial, a tenor de lo regulado en el artículo 5 de la norma reglamentaria aplicable, dichos contratos oportunamente finiquitados a su término no sólo no se transforman por el hecho de su reiteración o sucesión en contratación indefinida, sino que como propios de aquella actividad, se acomodan a la regulación que para ellos establece la normativa para los temporales o celebrados por duración determinada por varias actuaciones o temporadas sucesivas, sin que la reiteración la transforme en fija discontinua porque tal posibilidad está prevista en el propio reglamento para cuando así se decida concertarse.

3. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en sus Sentencias de 22 de octubre de 1998 y de 14 de enero de 1999, en la que cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 1991, se ha pronunciado en un sentido idéntico al expresado en la presente sentencia. La preferencia por el vínculo laboral de carácter indefinido, si bien ha desaparecido en su expresión formal de la dicción literal del art. 15.1 ET, permanece como modelo de referencia en la normativa general. Sin embargo, para la relación especial se admite en términos de igualdad, tanto la estipulación por tiempo indefinido, como la duración temporal del contrato. El fundamento de todo ello se encuentra, como señala el TSJ de Cataluña, en “(...) la particular naturaleza de la actividad que exige no sólo la necesaria aptitud del trabajador para desarrollarla en cada momento, sino la aceptación del público ante la que se realiza, que obviamente puede variar”. En todo caso, se debe destacar la existencia de un Acuerdo de Empresa vigente y aplicable, que concreta cómo la contratación de los artistas habrá de ser analizada en función del tipo de contratación, y así, aquellos que cubran necesidades habituales derivadas del normal funcionamiento del parque temático y que además presten servicios durante el período de apertura del parque, podrán ser fijos discontinuos, pero respecto a aquellos otros que cubran necesidades temporales no permanentes, no habituales o derivadas de programación extraordinaria, deberán aplicárseles las precisiones del art. 5.1 del RD que regula la contratación temporal en la relación especial de los artistas profesionales. En consecuencia, ése es el motivo por el cual a estos artistas ahora recurrentes no se les admite la consideración de fijos discontinuos, no porque ésta no pudiera existir sino porque de la naturaleza de su propia relación de servicios con el parque temático no se desprende el carácter indefinido de su vínculo contractual y por ello, quedan sujetos a la norma de temporalidad que se estima propia de la naturaleza y finalidad de esta especial relación. La indefinición del contrato que posibilita la norma colectiva, como se ha señalado, quedará referida sólo a aquellos que presten sus servicios en unidades que tengan una mayor presencia en los servicios estructurales.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

A) Relaciones funcionariales y estatutarias

– STSJ de Asturias de 18 de junio de 2004 (recurso de suplicación 4440/2003), I.L. J 1569.

1. La demandante viene prestando sus servicios profesionales como ayudante técnico sanitario desde el 1 de marzo de 1994, en el servicio médico de las empresas demandadas y en las dependencias de éstas, asumiendo en unión de otros facultativos y de personal técnico sanitario la cobertura de aquel servicio durante todo el año. El inicio de dicha actividad se produjo tras el correspondiente nombramiento, una vez obtenida la autorización por el organismo administrativo competente, dada la condición de empresas colaboradoras de la Seguridad Social que asumían las codemandadas, en la gestión de la prestación directa de asistencia sanitaria a sus empleados.

En el normal desarrollo de su cometido profesional la actora acude a las referidas dependencias diariamente, de lunes a viernes, y en horario de 16,00 a 17,00 horas, colaborando con el pediatra asignado en la dispensa de asistencia a los hijos de los empleados de dichas empresas adscritos a su cupo que así lo solicitan, valiéndose de los medios técnicos y materiales que éstas, titulares de los mismos, ponen a su disposición. La actora está obligada a comunicar a las codemandadas las fechas de disfrute de sus períodos vacacionales y de los permisos y licencias, habiendo convenido con ellas que, en tales supuestos, así como durante los procesos de baja médica laboral, sea la propia demandante quien designe sustituto para la cobertura del servicio médico. La actora percibía una retribución mensual que le era ingresada en su cuenta bancaria tras practicarse retención fiscal. Dicha retribución le era también abonada en los períodos en los que permanecía de baja médica, al igual que en los de disfrute de vacaciones y permisos reglamentarios (“moscosos”); el sustituto que durante dichas ausencias al trabajo asumía la cobertura del servicio también obtenía de las codemandadas la correspondiente retribución.

Con fecha 19 de febrero recibió la accionante carta en la que se le comunicaba literalmente: “como Ud. sabe, a Telefónica de España se la autorizó para colaborar voluntariamente en la gestión de la asistencia sanitaria del régimen general de la Seguridad Social, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 77.1.b) LGSS y la Orden de 25 de noviembre de 1966. El cambio legislativo experimentado por la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 66/1997, de acompañamiento, motivado por la separación de fuentes de financiación entre el Sistema Nacional de Salud y el Sistema de Seguridad Social, y el incumplimiento por los poderes públicos de su obligación legal de compensar económicamente a las empresas colaboradoras por la prestación del servicio público de asistencia sanitaria, ha supuesto que Telefónica de España no haya percibido cantidad alguna desde el año 1999 por su colaboración, pese a las reclamaciones realizadas, y actualmente en tramitación. Por otra parte, el día 1 de enero de 2002 se produjo legislativamente el traspaso definitivo a todas las comunidades autónomas de las competencias en materia sanitaria y la

II. Trabajador

consiguiente desaparición del INSALUD, lo que conduce a un vicio normativo en el que resulta imposible conocer la viabilidad de continuar con la colaboración en la prestación de la asistencia sanitaria a partir de dicho momento. No obstante lo anteriormente mencionado, la dirección de la empresa decidió mantener su compromiso de colaboración en la gestión de la asistencia sanitaria, hasta que la autoridad administrativa competente se pronunciara oficialmente sobre tan confuso e ingestionable marco de colaboración. El día 7 de enero de 2003 se ha recibido la resolución de la Dirección General de Ordenación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, de fecha de 30 de diciembre de 2002 por la cual se notifica que, a partir del 1 de enero de 2003, quedará sin efecto la autorización administrativa concedida a las empresas Telefónica, SA y Telefónica de España, SAU para colaborar en la gestión del régimen general de la Seguridad Social, en relación con la asistencia sanitaria e incapacidad temporal derivadas de las contingencias de enfermedad común y accidente no laboral [apartado b) art. 77.1 LGSS] respecto de su personal que presta servicios, entre otros, en el ámbito de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Telefónica de España ante la mencionada resolución, quiere poner en su conocimiento que a partir del 28 de febrero de 2003, fecha de finalización del período transitorio concedido con posterioridad por dicho Organismo, finalizará su responsabilidad en la prestación de la asistencia sanitaria que venía ejerciendo, cuyo colectivo de titulares y beneficiarios pasarán a recibir la misma directamente de los centros asistenciales del organismo competente de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Es por ello que quisiera informarle que desde Telefónica de España se han llevado a cabo ante el organismo competente de la Comunidad Autónoma las gestiones oportunas para proceder a las operaciones inherentes a dicho cese. Y será este organismo quien debe impartir instrucciones para el retorno a la Red Sanitaria Pública de todo el personal estatutario adscrito a nuestra entidad colaboradora”.

2. Recibida la anterior comunicación, la actora planteó demanda por despido ante el Juzgado de lo Social, que fue estimada por el número 2 de los de Gijón, declarándolo improcedente. Recurrida la sentencia en suplicación por las codemandadas y por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, la Sala *ad quem* lo estima por entender que entre las partes no existía una relación laboral en sentido estricto, al tratarse de un supuesto de colaboración que, lógicamente, implica prestación de actividad y retribución periódica, pero que, no implica, en principio y salvo pacto que no consta “(...) relación de dependencia o subordinación al ámbito organizativo de la empresa ni cumplimiento del carácter personalísimo de la misma, en los términos que se justifican en la fundamentación de la sentencia, al permitirse la sustitución, nota esencial de laboralidad, que se rompe si, como se afirma, la actora elegía, para las puntuales sustituciones que precisaba, a la persona que las asumiese y sobre todo porque, según expresa con claridad el art. 13 de la Orden de 25 de noviembre de 1966, la asistencia se presta, con sumisión a la inspección e instrucciones que en su caso se establezcan por la entidad gestora, lo que implica la subsistencia de la relación estatutaria”. Amplía la sentencia de la Sala su argumentación añadiendo que “(...) nos encontramos ante un facultativo unido a la entidad gestora con una relación estatutaria que dependiente de la misma y al mismo tiempo, presta unos servicios profesionales a los afiliados a la Seguridad Social empleados en la empresa colaboradora, lo que determina, como señaló el TS en la Sentencia de 9 de mayo de 1988 [que] no sólo [es] que la relación estatutaria se mantenga, lo cual es obvio, sino que no surge una paralela o yuxtapuesta de

naturaleza laboral con la empresa, puesto que ni de forma expresa ni tácita aparece por parte alguna entre la actora y la empresa el concurso de la oferta y aceptación a que se refiere el art. 1262 del Código Civil, como manifestación del consentimiento que sería elemento esencial del contrato de trabajo de que tendría que surgir la supuesta relación laboral que, por tanto, ha de reputarse inexistente”. A partir de ahí, la Sala entra en una segunda cuestión –que excede del propósito de este apartado referido al *Trabajador*– sobre si la decisión extintiva de la empresa puede equivaler a un despido, lo que, dicho sea de paso, se resuelve asimismo de modo negativo.

3. Un caso tan peculiar como éste, en el que se combinan elementos laborales y estatutarios, con predominio de los segundos, se resuelve en definitiva de conformidad con el art. 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores, que excluye del ámbito laboral regulado por la Ley, cualquier relación regulada por normas administrativas o estatutarias. De ese modo, prevalece razonablemente la interpretación de que la prestación de actividad de la actora no se destinaba tanto al personal laboral de la empresa contratante, cuanto a beneficiarios o asegurados del sistema público de la Seguridad Social. Pero aún en el caso de que no hubiera entrado en juego el plano de la relación estatutaria, la Sala facilita claves para interpretar que tampoco hubiera admitido la existencia de relación laboral, a la vista de la facultad del trabajador de decidir, conforme a sus propios intereses, si la prestación a su cargo debía prestarse por sí mismo o a través de otra persona libremente elegida por él y aceptada por las empresas codemandadas.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en las Administraciones Públicas

– STS de 17 de septiembre de 2004 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4178/2003), I.L. J 1480.

1. La sentencia analiza el caso de dos trabajadores contratados por una Administración autonómica por un prolongado período de tiempo, habiéndose celebrado el contrato, inicialmente, al amparo del RD 1465/1985, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y no habituales y de la Ley 13/1995, de contratos del Estado, legislación vigente en aquel entonces. Cuando se comunica a los trabajadores la extinción de su contrato, éstos proceden a reclamar al orden jurisdiccional social por despido improcedente. El Juez de lo Social entiende que es competente para conocer de la citada reclamación ya que se trataba en ambos casos de una relación laboral, declarando, además, el despido improcedente. Recurrida la sentencia en suplicación, el TSJ de Galicia absolvió a la Administración demandada en la instancia al entender que carecía de competencia para conocer del asunto al tratarse de contratos sometidos al Derecho Administrativo. Los trabajadores recurren en casación para unificación de doctrina, alegando una sentencia de la propia Sala de lo Social del TS como contradictoria. El debate se centra exclusivamente en la determinación de la competencia del orden social para conocer de la cuestión planteada.

II. Trabajador

2. El TS revoca la sentencia de suplicación, entendiendo que la doctrina correcta se corresponde con la sentencia invocada como contradictoria, y procede a reiterar una línea jurisprudencial bastante consolidada que establece los siguientes aspectos: a) que dado que se trata de una zona gris del Derecho del Trabajo, para entender éste aplicable resulta especialmente relevante para destruir la presunción de laboralidad contenida en el art. 8.1 ET, la sumisión expresa de las partes al ordenamiento jurídico administrativo, puesto que el elemento distintivo en el presente caso no puede centrarse en la naturaleza laboral o administrativa de los servicios prestados; b) ahora bien, para admitir la validez de la relación administrativa, ésta ha de ampararse en unas normas que permitan la validez de su contratación administrativa y, en el presente caso, el contrato celebrado no se justifica ni en el RD 1465/1985 ni en la Ley 30/1984.

3. La sentencia vuelve a recordar una doctrina ya conocida por el TS. En este sentido, el Tribunal, comienza reconociendo que una misma prestación puede desarrollarse en régimen laboral o administrativo o, dicho de otro modo, que el art. 1.3.a) ET abarca una exclusión laboral generalmente de naturaleza constitutiva. Dado que los servicios prestados son potencialmente laborales, sólo el amparo de las partes en la normativa administrativa puede llevar a destruir la presunción de laboralidad de la relación. Dicho de otra forma, sólo si las partes se someten al Derecho Administrativo, y dicha sumisión es factible, al cumplirse el supuesto de hecho previsto por la norma, la relación trabada entre las partes será administrativa. En caso de faltar alguno de estos dos requisitos, la relación tendrá carácter laboral. Esto es lo que sucede en el presente caso, en el que, pese a que las partes se han sometido al Derecho Administrativo a la hora de establecer la regulación aplicable a su relación contractual, no han tenido en cuenta que los contratos son lo que son, independientemente de la voluntad de quienes los estipulan, y el presente contrato sólo puede ser laboral porque no es subsumible en ninguno de los supuestos de hecho previstos por la legislación administrativa para celebrar contratos sometidos a dicha legislación.

D) Profesiones liberales

– STSJ de Navarra de 28 de mayo de 2004 (recurso de suplicación 167/2004), I.L. J 1296.

1. La sentencia analiza el caso de los denominados trabajadores de “alterne”. Se trata de una empresa, en concreto, un hotel, en el que desarrollan su actividad un conjunto de trabajadores cuya función es “incitar a los clientes” a realizar consumiciones, percibiendo por ello en concepto de comisión, el 50 por 100 del importe de las consumiciones realizadas. La Inspección de Trabajo ha procedido a levantar acta de infracción entendiendo que los trabajadores de “alterne” se encontraban sometidos a una relación que cumplía todos los requisitos propios de una relación laboral. Dado que la determinación de la naturaleza laboral de la relación es presupuesto esencial para proceder a sancionar a la empresa, la Inspección de Trabajo inicia de oficio procedimiento judicial destinado a que el orden jurisdiccional social se pronuncie sobre la supuesta naturaleza laboral de la relación de alterne que ejercían los trabajadores afectados por el acta. La sentencia de instancia declara la existencia de dicha relación laboral. Impugnada esta decisión en suplicación, el TSJ de Navarra confirma la sentencia de instancia.

2. El punto central del debate en suplicación se centra en la determinación de los indicios que han de considerarse probados desde el punto de vista de la existencia de dependencia en la relación prestada por estos trabajadores. Resulta indiscutido que se trata de una relación voluntaria, retribuida y por cuenta ajena, pero lo que no queda claro es la existencia de elementos probatorios suficientes para determinar la existencia de dependencia. Así, la sentencia considera que debe considerarse relación laboral puesto que la Inspección de Trabajo declaró en su informe que “estaban efectivamente en el local de alterne que regenta la recurrente, el modo peculiar en que iban vestidas y el sistema de cobro a los clientes por comisión”. El TSJ entiende que en cualquier otra actividad profesional se entendería que estos elementos son indicios suficientes de dependencia, sin deber exigir una “subordinación rigurosa y absoluta”, sino una “inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial”, que debe presumirse por la permanencia estable de una empleada en un local de alterne.

3. La sentencia se enmarca en el seno de un conjunto de decisiones judiciales del TSJ Navarra relacionadas con el levantamiento de varias actas de infracción relacionadas con la actividad de alterne. De hecho, en otro procedimiento judicial similar se ha producido recientemente, y en relación con la misma empresa, puede consultarse la reciente STS de 17 de noviembre de 2004, recurso de casación para la unificación de doctrina 6006/2003. En todo caso, tanto una como otra sentencia se hacen eco de la línea jurisprudencial existente favorable a entender como “potencialmente” laboral la actividad de “alterne” cuando la misma se realice de forma dependiente. Las dudas en este procedimiento, y en el resuelto por la sentencia del TS citada, se centran en la determinación de la existencia de dependencia, y en la apreciación por parte del TSJ de Navarra de una dudosa presunción de inserción en el círculo organizativo del empresario cuando se dé presencia en el local de alterne, modo de vestimenta “sexy” y sistema por cobro mediante comisión. En todo caso, se señala que no se trata en ningún caso de una actividad de prostitución, que quedaría excluida del ordenamiento laboral en tanto que la existencia de dependencia convierte a dicha actividad en ilegal. Ha de mencionarse también por su interés, la reciente STS de 27 de noviembre de 2004, recurso de casación 18/2004, en la que se declara válida la constitución de una asociación empresarial de locales de alterne y prostitución por cuenta propia.

1) Trabajadores extranjeros

– STS de 18 de octubre de 2004, Sala Tercera (recurso de casación 3336/2002), I.L. J 1603.

1. Corresponde al Tribunal Supremo resolver en casación el recurso presentado por un ciudadano de origen marroquí contra la sentencia dictada por la sala del orden contencioso-administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, por la que se desestima la demanda presentada por el actor contra la resolución de la Dirección General de Ordenación de las migraciones denegando sus solicitudes de permisos de trabajo y residencia. Los hechos que concurren en el presente supuesto son los siguientes: El recurrente estimó que cumplía los requisitos para regularizar su situación en España al amparo del RD

II. Trabajador

239/2000, de 18 de febrero, que establecía el procedimiento para la regularización de la situación de ciudadanos extranjeros previsto en la Disposición Transitoria Primera de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, solicitando los correspondientes permisos de residencia y trabajo. El requisito fundamental cuyo incumplimiento justifica la denegación de los permisos por parte de la Administración es el que consiste en que el demandante debía encontrarse en España antes del día 1 de junio de 1999 y haber permanecido de forma continuada desde esa fecha en nuestro país. Dicha circunstancia ha tratado de ser demostrada por la parte actora a través del informe de vida laboral del ciudadano en el que consta que causó baja en mayo de 1994 en el RETM, sin que volviera a ser dado de alta hasta el año 2000. Además presentó el certificado de empadronamiento en Madrid desde 1996, así como una factura por la compra de un televisor durante esas fechas. Estas pruebas no son consideradas relevantes por la Administración procediendo, como ya he señalado, a la denegación de su solicitud.

2. Ante estas circunstancias el magistrado ponente de la presente sentencia confirma la decisión recurrida, entendiéndolo que la norma aplicable a la solicitud del demandante era efectivamente el RD 239/2000, conforme a cuya letra no es posible admitir el motivo de casación por el que se interpuso el recurso. Los medios materiales por los que se ha perseguido probar la llegada y permanencia del actor en nuestro país no son suficientes para conceder conforme aquella legislación los permisos solicitados. Eso sí, se insta al recurrente a iniciar un nuevo proceso de solicitud acogiéndose, esta vez sí, a la nueva legislación aplicable en el momento de dictar sentencia, el RD 142/2001, de 16 de febrero, conforme a la cual sí cumpliría los requisitos para su consiguiente regularización.

3. El caos legislativo en esta materia es la causa de la inseguridad legal en que se mueven los ciudadanos extracomunitarios que, integrados en la sociedad de nuestro país, solicitan su regularización. Muestra de este caos es la resolución judicial que se comenta, que debe dar respuesta a una misma situación de forma bien diferente según las sucesivas normas vigentes en poco más de un año. Igualmente, evidencia la política restrictiva que se sigue ante una realidad presente, aunque no reconocida jurídicamente, lo que no contribuye a solucionar la problemática que genera.

J) Otros

– STS de 16 de junio de 2004 (recurso de casación 38/2003), I.L. J 1735.

1. El conflicto colectivo que ha dado lugar al presente recurso de casación se inicia con la demanda del sindicato USO frente a la Consejería de Educación de la Generalidad Valenciana, pretendiendo la nulidad de una cláusula de los contratos de trabajo de los profesores de Religión y Moral Católica con la finalidad de reconocerles el derecho a percibir la indemnización legalmente establecida por finalización de contrato, en la cuantía prevista en el art. 49.1.c) ET. En instancia, el Juzgado de lo Social que conoció del conflicto, sólo reconocía tal derecho cuando el contrato se extinguiera al fin del curso escolar sin renovación para el curso siguiente. Contra aquella sentencia se interpuso recurso de casación por el sindicato demandante alegando una interpretación errónea del mencionado art. 49 del Estatuto de los Trabajadores porque la sentencia del Juzgado de lo Social no

reconocía el derecho a percibir la indemnización legalmente prevista para la totalidad de los casos en los que la finalización del contrato y del curso escolar sean de la misma fecha, con independencia de que el profesor sea o no nombrado para el curso siguiente.

2. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo invoca su propia doctrina jurisprudencial con cita de sentencias importantes como las de 7 de julio de 2000 o de 29 de noviembre del mismo año. En ellas se había abordado y resuelto el dilema acerca de si el nombramiento de los profesores de religión católica tiene carácter temporal limitado a un solo curso escolar, o bien se trata de una relación de carácter indefinido que se prorroga automáticamente cada año. Si se acepta la primera de las soluciones, se entiende que el contrato finaliza con la vigencia de cada año escolar y que la falta de nombramiento para el curso siguiente no implica un despido. A la conclusión contraria llegamos si se acepta la otra solución. No obstante, el presente debate es ya un tema cerrado, al menos en lo que a la solución jurisprudencial alcanzada se refiere, porque el Tribunal ya ha aclarado que el contrato de los profesores de religión católica es de naturaleza temporal, limitada exclusivamente a la duración de cada curso académico. En conclusión, la falta de propuesta del Ordinario para el nombramiento en el curso siguiente no equivale a un despido. Todo ello debido, como sabemos y ha sido puesto de manifiesto no pocas veces desde estas mismas páginas, a que la legitimidad de la peculiar naturaleza de la relación laboral de la que se trata, proviene del Tratado Internacional celebrado entre la Santa Sede y el Estado Español el 3 de enero de 1979. Por otra parte, las normas del Estatuto de los Trabajadores son derecho aplicable a esta relación operando como causa de extinción del contrato de trabajo la prevista en el art. 49.1.c) ET, esto es, por expiración del tiempo convenido. Por lo tanto, el Tribunal concluye que dada la existencia de una verdadera extinción del vínculo contractual una vez llegada la finalización del curso escolar, debe producirse el efecto indemnizatorio previsto por la ley para esos casos. Si el profesor es propuesto y nombrado para impartir enseñanza en el curso siguiente, se debe entender que nacerá una nueva relación laboral.

3. Una vez más, nos encontramos con la necesidad de resolución de un conflicto que no acaba de mitigarse ni de componerse debido a la conflictiva regulación que se encuentra detrás de esta clase de profesores de Religión y Moral Católica contratados por las Administraciones Públicas. Y en esta ocasión el motivo de fondo ya no gira alrededor precisamente del contenido regulador de una normativa, sino que, en una vuelta más al conflicto latente que existe en la actualidad con respecto a este colectivo de profesores en todo el Estado, el conflicto se presenta con ocasión de la curiosa interpretación efectuada ahora por un órgano juzgador a partir de la asentada doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular. Y no podemos sino estar de acuerdo con la solución casacional a la que este último ha llegado en este supuesto. La regla indemnizatoria del art. 49.1.c) ET debe ser aplicada de manera incondicional a los trabajadores que reclaman, con independencia de su eventual propuesta y nombramiento para una relación futura con la Administración docente. No se produce, como sostiene la sentencia de instancia, una finalización formal del contrato, sino real y verdadera como argumenta la Sala. El nombramiento para futuros cursos escolares en modo alguno es renovación de una relación ya extinguida.

II. Trabajador

De este modo, como se afirma en la sentencia que ahora comentamos, “la indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores tiene como finalidad compensar al trabajador del perjuicio que le ocasiona la extinción de su contrato, cuya duración temporal se encuentra legalmente autorizada”. Otra cosa es que sigamos constatando lo absurdo de una situación, la de los profesores contratados por la Administración para impartir clases de religión católica, que no hace sino poner en permanente tensión el ajuste de las estructuras reguladoras, con un sistema moderno de relaciones laborales. Pues éste se compadece muy mal con la existencia de un sistema de contratación de profesores para centros públicos en el que la financiación es también pública pero el nombramiento y el control queda en manos de otros.

– **SSTS de 20 de julio de 2004** (recurso de casación para la unificación de doctrina 4835/2003), I.L. J 1466; y **15 de septiembre de 2004** (recursos de casación para la unificación de doctrina 4742, 3836 y 4859/2003), I.L. J 1470, 1471 y 1472, respectivamente.

1. Los actores extinguen sus respectivas relaciones laborales como consecuencia de un expediente de regulación de empleo del que resulta la aplicación de la medida de prejubilación con carácter forzoso para todos los trabajadores mayores de 55 años acordada en el período de consultas; en concreto, los trabajadores pasaron a una situación de prejubilación desde la fecha del despido hasta la de su efectiva jubilación, con el reconocimiento durante ese tiempo de una indemnización por extinción de sus contratos de un porcentaje de su sueldo regulador, pagadero dos veces al año, así como las percepciones complementarias entre las que se cita en segundo lugar la “percepción de tabaco de promoción y las prestaciones sociales establecidas en el Acuerdo Marco suscrito el 29 de julio de 1999, en la forma prevista para el personal pasivo”. La sentencia de duplicación aquí recurrida le reconoció el derecho a percibir aquella indemnización por considerar que los actores se hallaban dentro del contingente de “personal pasivo” a los efectos del reconocimiento de aquella indemnización.

2. El Tribunal Supremo reitera los argumentos expuestos en sentencias anteriores, entre otras, la STS 24 de febrero de 2004. El elemento fundamental, a su juicio, es que se hace muy difícil incluir en el concepto de personal en situación pasiva 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 acuerdos previamente suscritos por las partes, por mucho que los interesados pasaran a la situación de “prejubilados”. Postura que se ve reafirmada por el hecho de que el Acuerdo Marco en el que se establece el compromiso sólo incluye entre el personal en situación pasiva a los inválidos permanentes y a los jubilados.

3. Debe volverse a insistir en la problemática que plantea la posición de trabajadores prejubilados. Aunque el Tribunal Supremo considera que son ante todo trabajadores, parece estar ignorando que son sobre todo individuos que han sido expulsados del mercado laboral y, por tanto, pasivos.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

C) Exclusiones

b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un régimen especial

– STS de 27 de julio de 2004 (recurso de casación para unificación de doctrina 3406/2003), I.L. J 1468.

1. En el año 1993 se constituyó la sociedad Manufacturas Castilla e Hijos, SL, siendo sus socios fundadores los cónyuges Juan Ignacio y Claudia y los hijos de ambos Cosme, María Ángeles, Juan Carlos y Salvador. El capital social se dividió en 50 participaciones sociales, de las cuales el actor y su cónyuge suscribieron 50 participaciones cada uno y los cuatro hijos 100 participaciones cada uno. En la escritura de constitución se nombró DIRECCIÓN000 de la sociedad a Claudia. Posteriormente, por acuerdo adoptado por la Junta General de socios celebrada el 30 de abril de 1994, se aceptó la renuncia al cargo de Claudia y se nombró DIRECCIÓN000 a Juan Carlos. En fecha 7 de marzo de 2001 los cónyuges Juan Ignacio y Claudia transmitieron sus participaciones sociales a sus cuatro hijos, adquiriendo 25 participaciones cada uno de ellos.

Con fecha 20 de enero de 1994 el actor suscribió contrato de trabajo temporal de fomento de empleo con la empresa demandada Manufacturas Castilla e Hijos, SL, registrado en 1994 por doce meses y posteriormente prorrogado, en dos ocasiones, hasta el 1997. En fecha 20 de enero de 1997 ambas partes suscribieron contrato de trabajo por tiempo indefinido a tiempo completo, siendo la categoría profesional del actor la de comercial. En el año 2001 la empresa demandada notificó al actor la extinción de su contrato por causas organizativas, al amparo del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, poniendo a su disposición la cantidad de 944.745 pesetas en concepto de indemnización de 20 días de salario por año de servicio. El actor firmó posteriormente sendos escritos en los que declara prestar su conformidad con la decisión extintiva empresarial, por ser ciertas las causas alegadas, y haber percibido la cantidad anteriormente mencionada.

El propio año 2001 el actor solicitó del INEM alta inicial de prestación por desempleo, que le fue denegada por resolución de la Dirección Provincial del INEM, alegando no tener la condición de trabajador por cuenta ajena puesto que su participación en el capital social, junto con la de su cónyuge e hijos con los que convive, alcanza más del cincuenta por ciento, así como que en el momento de la situación legal de desempleo era familiar del empresario hasta el 2º grado, convivía con él y estaba a su cargo, pues su hijo Juan Carlos es el DIRECCIÓN000 de la empresa y convive con el actor en su domicilio calle DIRECCIÓN001 NÚM000 de Terrasa. Consta en los antecedentes que el actor estuvo empadronado en el Ayuntamiento de Terrasa en la calle DIRECCIÓN001 NÚM000 desde el 1 de mayo de 1996 hasta el 12 de abril de 2000 en que causó baja, empadronándose en la localidad de Vallmoll (Tarragona), pese a lo cual en su solicitud de desempleo hace constar como domicilio el citado de la calle DIRECCIÓN001 NÚM000 de Terrasa, domi-

II. Trabajador

cilio que asimismo figura en el impreso de domiciliación en cuenta para el pago de las prestaciones en la entidad de crédito correspondiente.

2. El Juzgado de lo Social de Tarrasa estimó la demanda frente al INEM, declarando el derecho del actor a percibir la prestación por desempleo por él mismo solicitada y condenó al INEM a abonarle la prestación correspondiente a 720 días, sobre la base reguladora de 6.339 pesetas diarias (38,10 euros) y con efectos de 7 de junio de 2001. Recurrida la sentencia en suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña la anuló, aplicando para ello la Disposición Adicional Vigésima Séptima LGSS. Contra la sentencia de suplicación se interpuso recurso de casación para unificación de doctrina y, admitida por la Sala casacional la contradicción con la sentencia propuesta como de contraste, entiendo correcta la doctrina impugnada, desestimando por tanto el recurso, con la argumentación jurídica que seguidamente se reproduce :

“(…) los padres e hijos (o los hermanos u otros familiares dentro del segundo grado de parentesco) que, conviviendo en la misma vivienda, posean al menos, la mitad del capital social de una sociedad titular de una empresa en la que prestan servicios deben estar encuadrados en el RETA, quedan excluidos por tanto de la protección del desempleo, salvo que se demuestre que no tienen el ‘control efectivo’ de dicha sociedad (...) No habiéndose destruido por la vía procesal adecuada esta presunción judicial ni en el caso de la sentencia recurrida ni en el de la sentencia de contraste, es claro que resulta de aplicación la mencionada DA Vigésima séptima LGSS. En una y otra, se insiste, un pariente dentro del segundo grado ha prestado servicios por cuenta de una empresa cuya titularidad corresponde a una sociedad familiar, estando vinculados los miembros de la familia por vínculo conyugal o de parentesco dentro del segundo grado, conviviendo en la misma casa o vivienda, y siendo titulares de la mitad al menos de las participaciones de la sociedad acreedora de la prestación de servicios (...)”

3. Es ésta una sentencia en la que no se cuestiona tanto el concepto de trabajador a efectos laborales, ni siquiera a efectos del sistema de Seguridad Social sino, mucho más particularmente, el cumplimiento de los requisitos indispensables para causar derecho a determinadas prestaciones, en este caso las de desempleo. Ello no obstante, la sentencia que se comenta facilita datos para la delimitación del trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena y, a partir de ahí, para el encuadramiento del supuesto de hecho en el régimen general o en el régimen especial de trabajadores autónomos. De otro lado, sobre los hechos probados que, con toda riqueza, se contienen en las sentencias recurridas, la solución que prestan al caso tanto el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cuanto la Sala casacional, no puede dejar de compartirse.

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

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) Responsable del abono del complemento salarial de jefe de departamento en colegio concertado. **3. Grupo de empresas.**

A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Alcance de la responsabilidad de naturaleza salarial. C) Responsabilidad solidaria por falta de medidas de seguridad. D) Responsabilidad solidaria en el pago de las cuotas de Seguridad Social: cómputo del plazo de reclamación. **5. Cesión ilegal.**

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencias con la contrata **6. Sucesión de empresas.** A) Concepto de transmisión: elementos patrimoniales. B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo. C) Empresas de economía social. D) La subrogación no se extiende a las meras expectativas de derecho. E) Mantenimiento de las condiciones fijadas en el convenio colectivo de la empresa cedente. F) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de 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 9 a 12 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1193 a I.L. J 1784) 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) Responsable del abono del complemento salarial de jefe de departamento en colegio concertado

Las relaciones entre el Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas con fondos públicos y la responsabilidad solidaria de la Administración Educativa Autonómica frente a los profesores que prestan servicio en dichos centros, por las deudas salariales generadas por su actividad docente y laboral, vuelven a ser objeto de controversia jurídica. Dicha responsabilidad conjunta y solidaria, en caso de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la Enseñanza y el Ministerio de Educación y Ciencia, o los órganos autonómicos que hayan asumido las competencias correspondientes, ha sido declarada por reiterada doctrina jurisprudencial basándose para ello en lo dispuesto por los artículos 47 a 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (derogados expresamente por la Disposición Derogatoria Única.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, actualmente regulado por el artículo 76 de la misma, con contenidos similares), y 34 y siguientes del Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos (RD 2377/1985, de 18 de diciembre). No obstante lo dicho, también es jurisprudencia asentada la necesidad de limitar la extensión de dicha responsabilidad, pues en caso contrario, podrían producirse excesos que obligaran a la Administración Pública a hacerse cargo de remuneraciones injustificadas o excesivas, a que se hubiere comprometido el empleador a sabiendas de que del pago de las mismas respondería ésta y no aquél. En este sentido debe entenderse lo dispuesto por el artículo 49.6 LODE, que restringe las obligaciones de la Administración educativa, negando la responsabilidad de ésta frente a las alteraciones en los salarios del profesorado que traigan causa de Convenios Colectivos cuyas previsiones, en materia retributiva, cuantitativamente superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios, a su vez previsto en los Presupuestos Generales del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente. En dichas normas, se habrá de fijar para cada período anual la cuantía del módulo económico por unidad escolar. En concreto, la STS de 20 de julio de 1999 se pronuncia en los siguientes términos:

“(…) el límite que determina el ámbito de la responsabilidad de la Administración en estas materias en relación con cada empresa o centro de trabajo concreto, viene dado por la cuantía que resulta de multiplicar el módulo económico a que se acaba de aludir, correspondiente al año de que se trate, por lo que el número de unidades escolares existentes en esa concreta empresa o centro (...)”

Ahora bien, 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 artículo 49.3 de la Ley cuando precisa que en el módulo económico por unidad escolar se diferenciarán las cantidades correspondientes a salarios del personal docente del centro, incluidas las cargas sociales, y

III. Empresario

las de otros gastos del mismo. Y el artículo 13.1 del Real Decreto mencionado, desarrollando el artículo 49.3, dentro de cada módulo diferencia las siguientes fracciones:

a) Las cantidades correspondientes a salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social correspondiente a los titulares de los centros; b) las cantidades asignadas por otros gastos, que comprenderán los de personal de administración y servicios, los ordinarios de mantenimiento y conservación y los de reposición de inversiones reales...; 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 artículo 68.e) del Estatuto de los Trabajadores. Tales cantidades se recogerán en un fondo general que se distribuirán en forma individualizada entre el personal docente de los centros, de acuerdo con las circunstancias que concurran en cada profesor y aplicando criterios análogos a los fijados para el profesorado de los centros públicos” (STS de 20 de julio de 1999).

La especialidad del mecanismo limitador ha provocado una intensa litigiosidad judicial, que debe comprobar, caso por caso, la inclusión o exclusión de determinadas partidas salariales del ámbito de responsabilidad fijado por las normas educativas. La **STSJ de Cantabria de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1521, aborda dicha problemática respecto de la retribución del desempeño del cargo de jefe de departamento. Partiendo de la base de que el artículo 10 del Convenio considera que las categorías de director, subdirector, jefe de estudios y jefe de departamento son “categorías funcionales-directivas temporales” del personal docente, por lo que según indica el propio convenio sus efectos salariales y de jornada únicamente se mantendrán por el tiempo en que se desempeñen, parece razonable compartir con el órgano juzgador que el complemento de jefe de departamento es uno de los considerados complementos de dirección, por tanto debe ser incluido, a efectos de presupuesto, dentro del último de los submódulos relacionados más arriba, por ser el que delimita el importe de la cantidad disponible por los centros concertados para el pago de tales conceptos con cargo a la Administración educativa. Superada las cantidades fijadas para dicho módulo para el colegio en cuestión, la responsabilidad por el pago de los excesos corresponde únicamente al empleador, quedando liberada la administración de toda responsabilidad por el pago de dichas cantidades. Con ello, la libertad de los centros privados queda limitada únicamente respecto de los conceptos subvencionables, pues las decisiones de gasto propio pueden ser adoptadas con toda liberalidad.

Junto a la anterior, la jurisprudencia considera que la libertad de las direcciones de los centros privados queda también restringida por la obligación de éstas de distribuir el fondo general de forma individualizada entre el personal docente empleado en dichos centros, de acuerdo “con las circunstancias que concurran en cada profesor y aplicando criterios análogos a los fijados para el profesorado de los centros públicos”. Circunstancia que sirve al órgano juzgador para negar la obligación de subvencionar el pago de complementos salariales que pretendan retribuir responsabilidades organizativas extrañas o diversas a las establecidas para los centros públicos de enseñanza, considerando el modelo este como modelo organizativo tipo, y los complementos retributivos fijados a tales efectos para los

profesores de centros públicos que desempeñen responsabilidades directivas como únicos complementos subvencionables por el desarrollo de tales responsabilidades en los centros privados. La libertad organizativa de los centros privados no se limita directamente, pero las posibilidades de acudir a los fondos públicos como soporte de la organización de la actividad educativa queda restringida a la organización pública estándar. Los trabajadores afectados mantienen sus derechos al cobro de las cantidades comprometidas frente al empleador, pero la responsabilidad del pago de dichos complementos no puede extenderse a la Administración educativa. En este sentido se resuelve el supuesto analizado:

“Sin que se acredite la existencia real de departamentos didácticos correspondientes a los propios de los centros públicos no es posible imputar a la Administración la responsabilidad por el abono de complementos por el ejercicio de la función directiva de los mismos en virtud de pactos bilaterales de trabajador y empresa. Y en este sentido debe subrayarse que ninguno de los departamentos didácticos cuya jefatura asumen los actores, de acuerdo con lo autos, corresponde con departamentos existentes, puesto que aparte de los mencionados expresamente en el artículo 40 del Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria el Gobierno de Cantabria sólo ha dispuesto la creación de los Departamentos Didácticos de Economía y de Formación y Orientación Laboral en los Institutos de Educación Secundaria de la Comunidad Autónoma (Decreto 80/2002, de 11 de julio), siendo este último el único correspondiente a formación profesional específica creado en los centros públicos, por lo que no puede admitirse la naturaleza subvencionable de los complementos por el ejercicio de la jefatura de otros departamentos didácticos distintos a éste en la formación profesional específica en los centros concertados.” (STSJ de Cantabria de 30 de julio de 2004, I.L. J 1521).

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Responsabilidad solidaria de las empresas del grupo

La STSJ de Asturias de 30 de julio de 2004, I.L. J 2004, resume la doctrina jurisprudencial, elaborada durante los últimos años, relativa a los elementos que determinan la extensión de la responsabilidad solidaria al conjunto de las empresas que componen un grupo de empresas, por las obligaciones contraídas por una de ellas con sus trabajadores. En concreto, la resolución judicial comentada toma como muestra la STS de 26 de enero de 1998, en la que puede leerse:

“El grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia de esta Sala. Así ya se afirmó que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además la presencia de elementos adicionales (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1990 y 30 de junio

III. Empresario

de 1993). No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1993, los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1981 y de 8 de octubre de 1987).
2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias empresas del grupo (Sentencias de 4 de marzo de 1985 y 7 de diciembre de 1987).
3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (Sentencias de 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1988, 12 de julio de 1988 y 1 de julio de 1989).
4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (Sentencias de 19 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993).

Y todo ello teniendo en cuenta 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 artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (Sentencias de 26 de noviembre de 1990 y de 30 de junio de 1993 que, expresamente, la invoca).”

Conviene tener en cuenta que, a efectos de declarar la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo, la presencia de cualquiera de los elementos relacionados es suficiente, pues la exigencia jurisprudencial respecto de éstos no tiene naturaleza acumulativa. Es ésta también la posición adoptada por la resolución objeto de comentario que tras declarar como hechos probados que entre las empresas demandadas se producía “el intercambio de servicios, el paso de trabajadores de unas empresas a otras, el traspaso de los vehículos, el funcionamiento integrado de las sociedades que se agrupan para repartirse las contratas del Instituto Nacional de la Salud (...)” (STSJ de Asturias de 30 de julio de 2004, I.L. J 1583), afirma la existencia de responsabilidad solidaria de las empresas que constituyen el grupo de empresas.

Más allá del pronunciamiento comentado, nos interesa reiterar la debilidad de los argumentos jurisprudenciales que conducen a la aceptación de la licitud de prácticas de circulación, entre las diversas empresas de un grupo, de los trabajadores contratados

por alguna de éstas. En la práctica, la tesis jurisprudencial supone la legalización de un supuesto de cesión de trabajadores, es decir, una excepción a la aplicación de la prohibición prevista por el artículo 43 ET, a pesar de que parece suficientemente claro que se produce el supuesto objetivo declarado lesivo por dicho precepto. La tesis jurisprudencial se sustenta en un dato teleológico, de compleja aprehensión y sin reflejo normativo, en la medida en que se presume que los fenómenos de circulación dentro del grupo, habitualmente, no persiguen la ocultación del empresario real, sino la atención de necesidades productivas. Por otra parte, la alusión a la garantía de los intereses de los trabajadores queda excesivamente difusa, especialmente cuando se hace referencia a la aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 43 ET, entre otras razones porque si nuestra hipótesis es acertada, la aplicación de dicho precepto no se ha de producir por vía analógica, pues el que las empresas afectadas formen parte de un mismo grupo no es obstáculo para proceder a aplicar directamente las consecuencias previstas en dicho precepto, cuando estas empresas incurran en el comportamiento prohibido definido como cesión ilegal de trabajadores, es decir “cuando contraten trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa”.

A nuestro juicio, las cautelas anteriores resultan insuficientes ante la literalidad de la prohibición legal, que hace referencia a un comportamiento objetivo, a una determinada conducta descrita en términos fácticos, con independencia del móvil defraudatorio que se esconda tras el mismo. Más allá del ánimo perseguido por el empresario, el objetivo del legislador laboral es colocar al margen de la legalidad toda situación ficticia, cuyos efectos, perseguidos o no, sean la aparición como empleador formal de quien no es el efectivo empleador que organiza y recibe el servicio ejecutado por el trabajador. En sí misma, esa dislocación subjetiva en la persona del empleador provoca inseguridad jurídica al trabajador acerca de cuál es su situación contractual, y tal es la razón de que venga prohibida por el legislador con carácter general. Precisamente, el elemento de innovación legislativa que se incorpora en la legislación laboral, respecto de la prohibición civil del fraude de ley, con la prohibición de la cesión de trabajadores, es el de la objetivación del ilícito, lo que permite suprimir la exigencia de demostrar la existencia de un perjuicio singular o de una voluntad defraudatoria; de no ser así, se trataría de un precepto absolutamente innecesario, inocuo y vacío de contenido, pues bastaría con la aplicación directa del artículo 6.4 del Código Civil.

Por su parte, la **STS de 9 de julio**, u.d., I.L. J 1313, se pronuncia sobre un supuesto idéntico al ya resuelto por la **STS de 29 de marzo de 2004**, u.d., I.L. J 299, comentado en el número 20 de esta misma revista [Crónica III.3.A)]. Tratándose de pronunciamientos requeridos sobre dos cuestiones jurídicas sustancialmente iguales, por razones de coherencia y seguridad jurídica, el pronunciamiento judicial posterior coincide con lo ya resuelto. Por evitar reiteraciones, nos remitimos al comentario anteriormente realizado.

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

La dificultad de aplicación práctica del régimen jurídico laboral previsto para contratas y subcontratas de obras y servicios (artículo 42 ET), en numerosas ocasiones, tiene su origen en la utilización del mismo como modalidad encubridora de cesiones de trabajadores declaradas ilícitas por el legislador laboral, salvo cuando la empresa cedente sea una Empresa de Trabajo Temporal (artículo 43 ET). La **STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2004**, I.L. J 1555, aborda un supuesto que puede incluirse en el esquema anterior, reiterando la doctrina jurisprudencial en la materia que considera circunstancia demostrativa de la licitud de la contratación de obras y servicios entre dos empresarios el que el empresario auxiliar ponga en juego su organización empresarial para la realización de la obra o servicio contratado y, en concreto, se rechaza la posibilidad de prestamismo laboral ilícito porque queda acreditado:

“que toda la circunstancialidad operativa y contractual en autos examinada, en nada y para nada se compagina con la pretendida figura de la cesión ilegal de trabajadores a la que el invocado artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores hace referencia y establece las consecuencias, que en la causa, de forma indebida, se solicitan, ya que como de forma obvia en la causa queda constatado a tenor del Fundamento Jurídico tercero de la sentencia combatida y con la trascendencia de hecho probado que ello comporta, que la demandada (...), ejerció permanente vigilancia y control de sus trabajadores manteniendo su potestad directiva, instructiva y generadora como de forma categórica se expresa (...)” (STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2004, I.L. J 1555)

B) Alcance de la responsabilidad de naturaleza salarial

El artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios obliga a los Estados miembros, en defensa de una más leal competencia, a garantizar a los trabajadores desplazados las condiciones de trabajo establecidas en el país de origen. Por su parte, la legislación laboral alemana obliga a toda empresa que encomiende a otra la realización de obras de construcción, en determinados supuestos, al pago del importe adeudado por esta empresa a los trabajadores empleados en dicha obra. Siendo así que un trabajador contratado por una empresa auxiliar de construcción con domicilio social en Portugal como albañil, para la realización de tareas de hormigonado en una obra de construcción en la ciudad de Berlín por cuenta de una empresa principal con domicilio social en Alemania, reclama a la empresa principal, en cumplimiento de la normativa laboral alemana, el pago solidario de los salarios adeudados por la empresa portuguesa.

Vistos los antecedentes de hecho, el órgano judicial alemán plantea al TJCE una cuestión prejudicial sobre el alcance del derecho a la libre prestación de servicios y, en concreto, sobre la interpretación del artículo 49 CE. En concreto, la cuestión prejudicial plantea:

“¿Se opone el artículo 49 CE (anteriormente artículo 59 del Tratado CE) a una normativa nacional con arreglo a la cual una empresa constructora que encarga a otra empresa la ejecución de obras de construcción ha de responder, como fiador que ha renunciado al beneficio de excusión, de las obligaciones de dicha empresa o de una empresa subcontratista por el pago del salario mínimo a un trabajador de cotizaciones a un organismo común establecido por las partes de un convenio colectivo, cuando el salario mínimo consiste en la cantidad adeudada al trabajador tras la deducción de los impuestos y de las cotizaciones de seguridad social y de fomento del empleo o de otros gastos equivalentes de seguridad social (salario neto), y cuando la protección del salario del trabajador no es el objetivo principal o sólo es un objeto secundario de dicha normativa?” STJCE de 12 de octubre de 2004, I.L. J 1458.

La empresa principal sostiene que el propósito fundamental de la normativa alemana es la protección del mercado de trabajo nacional, y que sus efectos garantistas respecto de los salarios de los trabajadores de la empresa auxiliar resultan aspectos secundarios o marginales, tesis que se sustenta en argumentos de tipo práctico o funcional, pues la escasa duración del servicio prestado y las dificultades idiomáticas, de conocimiento de las normas legales y de los procedimientos judiciales nacionales por el trabajador extranjero, en la práctica, determinan la inutilidad de la norma protectora que no supone ventaja real alguna para éstos. A juicio del Tribunal comunitario, la normativa alemana no es contraria al derecho comunitario por diversas razones: en primer lugar, por encima de las dificultades relatadas, no puede negarse que la norma alemana beneficia objetivamente a los trabajadores desplazados al señalar un deudor adicional que generalmente resultará más solvente que el empresario auxiliar; en segundo lugar, la norma nacional persigue evitar fenómenos de competencia desleal protagonizados por empresas que tengan la intención de retribuir a sus trabajadores con cuantías inferiores, objetivo que puede entenderse como razón imperiosa de interés general que justifica la restricción a la libre prestación de servicios: por último, la sentencia valora que la responsabilidad como fiador no es desproporcionada en relación con el objetivo perseguido, por no sobrepasar lo necesario para alcanzarlo.

C) Responsabilidad solidaria por falta de medidas de seguridad

El artículo 42.3 LISOS establece la responsabilidad solidaria del empresario principal por incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, durante el tiempo de ejecución de la contrata, con relación a los trabajadores empleados por empresarios contratistas y subcontratistas ocupados en los centros de trabajo de la empresa principal. En primer lugar, la aplicación de las previsiones contenidas en el precepto anterior exige que el accidente de trabajo haya tenido lugar en el marco de una prestación de servicios de la que participan dos empresarios, el empresario auxiliar, empleador del trabajador accidentado, y el empresario principal, por cuenta de quien el primero realiza la obra o el servicio en cuya ejecución se produjo el accidente de trabajo. En general, la realización de estas obras o servicios se realiza mediante un contrato civil o mercantil entre ambos empresarios, aunque la norma laboral no entra a valorar el tipo

III. Empresario

de relación contractual desplegada por ambos, pues a estos efectos lo verdaderamente relevante es que un empresario realice para otra una determinada obra o servicio. La **STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004**, I.L. J 1364, no estima precisa la concurrencia de una relación jurídico contractual entre una Administración y la empresa a los efectos de aplicación de los artículos 42 ET y 24.3 LPRL; por el contrario, haciendo uso de una interpretación finalista de tales preceptos, entiende suficiente la acreditación de la existencia de una relación obligacional en virtud de la cual la empresa subcontratista quede obligada frente a la empresa principal a realizar dicha obra o servicio, circunstancia que entiende suficientemente probada en un supuesto en el que una organización no gubernamental realiza determinadas actividades en un Parque Natural, en el marco de un programa de la Unión Europea cofinanciado por las administraciones estatal y autonómica. Para el Tribunal, más allá del mecanismo legal mediante el que se instrumentalizan las obligaciones del empresario auxiliar respecto a la realización del servicio, lo relevante es que:

“por esta vía la Administración autonómica financia la realización de la actividad, pero no la lleva a cabo directamente, sino que la encomienda, en virtud de un mecanismo doble, de convenio y autorización, a una organización no gubernamental que contrata a los trabajadores o subcontrata parcialmente la actividad con otras empresas y paga los gastos laborales y de otro tipo mediante esas subvenciones finalistas. Esa organización externa a la Administración queda jurídicamente obligada ante la Administración concedente a ejecutar la obra o prestar el servicio y además lo debe hacer siguiendo las instrucciones y especificaciones de la Administración y bajo el control de la misma. El resultado es equivalente al de una subcontratación de la obra o servicio a través de otros mecanismos jurídicos (...)” (STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004, I.L. J 1364)

Pero la posibilidad de aplicar la responsabilidad prevista en el artículo 24.3 LPRL queda, además, condicionada por la concurrencia de otros dos requisitos: que la infracción se haya cometido en el centro de trabajo de la empresa principal, y que la contrata se refiera a la propia actividad del empresario principal. La sentencia comentada resuelve el pleito planteado por los familiares de una trabajadora contratada por una ONG, que perdió la vida mientras realizaba su trabajo en un terreno gestionado por las Administraciones Públicas. En concreto, la trabajadora fallecida, contratada como guarda, se encontraba realizando un trabajo de captura de rebecos en un Parque Natural. Se discute la posibilidad de extender la responsabilidad a la Administración autonómica, considerando a ésta titular del Parque. La sentencia vincula la titularidad del centro de trabajo con la disposición de un poder de autorización de entrada al lugar en el que se realiza la prestación laboral, circunstancia que entiende se produce en dicho supuesto, pues las actividades realizadas en el interior del Parque requieren la autorización administrativa previa de la Administración autonómica, aunque en la gestión de dicho espacio intervengan también otras Administraciones, pues en palabras del Tribunal:

“Para que pueda considerarse que existe titularidad de un lugar de trabajo a efectos del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales basta con que se ostente un derecho de exclusión, esto es un poder de dirección que permite impedir la entrada o permanencia al mismo o la realización de actividades en él, todo ello con independencia,

además, de los concretos derechos reales, contractuales o administrativos que se ostenten en relación con dicho lugar.” (STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004, I.L. J 1364)

Por añadidura, conforme a la doctrina judicial en la materia, la actividad de restauración medioambiental mediante la reintroducción de una especie animal en su hábitat, puede considerarse una tarea que forma parte del ejercicio de las funciones propias de la Administración autonómica, mediante la invocación de los artículos 45 y 148.1.9 de la CE, y

“del artículo 25.7 del Estatuto de Cantabria (Ley Orgánica 8/1981), en el cual se atribuye a la Comunidad Autónoma las potestades de desarrollo legislativo y ejecución administrativa, en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establece, en materia de protección del medio ambiente y de los ecosistemas”.

Con la tesis mantenida por la sentencia, un importante número de actividades subcontratadas por la Administración se incorporan dentro del ámbito de la responsabilidad prevista en el artículo 42.3 LISOS, pues el abanico de actividades que a estos efectos pueden considerarse como propias de las Administraciones Públicas se amplía enormemente.

D) Responsabilidad solidaria en el pago de las cuotas de Seguridad Social: cómputo del plazo de reclamación

El artículo 42.2 ET hace responsable solidario al empresario principal durante el período de vigencia de la contrata de las obligaciones de Seguridad Social contraídas por el empresario auxiliar, dicha responsabilidad podrá serle reclamada durante el año siguiente a la terminación del encargo, y siempre que no haya sido exonerado previamente por la obtención del correspondiente certificado negativo de descubierto solicitado a la Tesorería General. La forma de computar el plazo de exigibilidad es objeto de enjuiciamiento por la **STS de 4 de octubre de 2004**, u.d., I.L. J 1705; en concreto, el litigio consiste en determinar si el requerimiento a la empresa principal por parte de la Tesorería en reclamación de la deuda interrumpe o no dicho cómputo. En palabras del Tribunal, debe entenderse realizada la reclamación cuando la responsabilidad ha sido exigida dentro del plazo mediante notificación al empresario principal de un informe de la Inspección de Trabajo, por el que se hace presente a éste:

“que es titular de aquella responsabilidad solidaria por el pago de cuotas en una cuantía determinada antes de que el año transcurra. Ello supone que se le ha recordado y requerido el cumplimiento de la obligación en derecho, lo que hubiera debido dar lugar a que lo afrontara voluntariamente. Sólo la circunstancia de que no se haya atendido el pago de las cantidades correspondientes es lo que determina que con posterioridad se dicte un acto administrativo de autoridad e imperio, y no de mero trámite, exigiendo la tan citada responsabilidad.” (STS de 4 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 1705)

5. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho: diferencia con la contrata

El artículo 43.1 ET prohíbe la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, posibilidad únicamente abierta para empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas. Cuando el lugar de la empresa que somete a sus trabajadores a tráfico prohibido es ocupado por una empresa contratista o subcontratista y la realización de dichos trabajos o servicios tiene lugar en el centro de trabajo de la empresa principal la delimitación del supuesto legal se hace más compleja, resultando decisivo si ésta pone o no en juego los elementos organizativos propios en la ejecución de la contrata. La constatación de hechos contrarios induce al Tribunal a negar la existencia de cesión ilegal en el supuesto enjuiciado por la **STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2004**, I.L. J 1555. Por su parte, la **STSJ de Navarra de 22 de junio de 2004**, I.L. J 1298, no considera como indicio suficiente de la existencia de cesión ilegal de trabajadores el hecho de que no obstante figurar una determinada empresa como empleadora en el contrato de trabajo, el trabajador fue dado de alta en el régimen general de la Seguridad Social por otra empresa. Por último, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 24 de mayo de 2004**, I.L. J 1429, considera suficientemente acreditado que la empresa auxiliar no puso en juego su propia organización empresarial, limitándose a una actividad de suministro de mano de obra, al quedar acreditado que los trabajadores afectados prestaban servicio en la empresa principal:

“vinculados al sistema de horarios y turnos de ésta, siguiendo las instrucciones y las órdenes directas del Jefe de Mantenimiento y de los Encargados de Mantenimiento de la empresa (...), utilizando los trabajadores codemandados la siguiente maquinaria de (...): maquinaria de soldar, rotaflex, taladro, torno y fresadora, aunque sí disponían de una caja de herramientas facilitada por la empresa (...)” (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 24 de mayo de 2004, I.L. J 1429)

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión: elementos patrimoniales

El artículo 44.2 ET considera que existe sucesión de empresas cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida ésta como un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una determinada actividad económica, sea ésta accesoria o esencial. Cuando el objeto de la transmisión se reduce únicamente a los locales donde se desarrollaba la actividad empresarial o a parte de éstos no se produce sucesión de empresas y, por tanto, no cabe reclamar subrogación empresarial alguna; por ello, cuando el empleador:

“que ya tenía hipotecada la finca en la que se hallaban sus instalaciones, la vendió (...) por un precio notoriamente superior al de la hipoteca. La adquirente cedió a la vendedora parte del inmueble en arrendamiento y finalmente la desahució por falta de pago de la renta pactada. La recurrente no mantuvo relación alguna con (...), adquirente de la finca,

y desde la transmisión no prestó servicios en los locales objeto de la transmisión. La actividad de esta empresa a la que se pretende extender la responsabilidad es diferente de la de transmitente”. **STS de 6 de julio de 2004**, u.d., I.L. J 1623.

En supuestos de contratación de obras o servicios, se admite la subrogación en los contratos de trabajo cuando se produce un cambio de titularidad del contratista, aunque la interpretación jurisprudencial excluye de la aplicación de los efectos previstos en el precepto estatutario los supuestos en los que no concurren dos requisitos considerados constitutivos: transmisión de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación, y de una parte esencial, en términos de número y competencias, de los trabajadores empleados en la realización de la obra o en la prestación del servicio. Con carácter general, los Tribunales españoles se muestran excesivamente rigurosos en la acreditación de este último requisito lo que dificulta en gran medida la posibilidad de obtener fallos estimatorios cuando no se produce transmisión de elementos patrimoniales.

Fiel a la tesis jurisprudencial unificadora, la **STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2004**, I.L. J 1511, no considera que se haya producido sucesión empresarial, ante la inexistencia de uno de estos elementos:

“En primer lugar los actores no llegaron a prestar servicio alguno después a la comunicación de finalización de la contrata por lo que no puede afirmarse que llegaron a tener en algún momento vinculación laboral con la Clínica (...) cuyo servicio de cocina permaneció cerrado (...). Por otra parte, (...) es requisito esencial en la sucesión de empresas que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación.”

En similares términos se pronuncia la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de junio de 2004**, I.L. J 1351, negando la existencia de sucesión en un supuesto de contrataciones para el servicio de vigilancia y supervisión en comedor escolar durante sucesivos cursos académicos, cuando se da la circunstancia de que en el primer caso el empleador es la Asociación de Padres y en el segundo la contratación se produce a instancias del Ayuntamiento, en el marco de sendos convenios realizados con la Administración autonómica. Por su parte, la **STSJ de Aragón de 14 de julio de 2004**, I.L. J 1537, también se pronuncia en contra de la existencia de subrogación, aunque en el supuesto enjuiciado queda acreditada la previsión de contratación de hasta un 70 por 100 de la plantilla destinada anteriormente a las funciones de reposición en centro comercial, pues según el texto de la Sentencia:

“A juicio de esta Sala, no habiéndose acreditado la transmisión de elementos materiales, la mera decisión (...) de contratar a parte de la plantilla de las empresas de merchandising que trabajaba en sus centros, en ausencia de más datos, no supone que esta empresa esté obligada a subrogarse en el contrato de trabajo de la demandante. Por el mero hecho de que

III. Empresario

(...) decida asumir una parte de este personal no cabe, sin más, imponerle la obligación de asumir al personal restante, hasta el 100 por 100 (...)"

En la misma línea, la STSJ de 6 de julio de 2004, I.L. J 1709, muestra la resistencia de los Tribunales españoles frente a la posibilidad de subrogación en supuestos de sustitución de empresas concesionarias de las Administraciones Públicas, en este caso, referida a la prestación de servicios auxiliares para una entidad de titularidad municipal, en la que la nueva empresa procede a contratar al personal de limpieza y vigilancia, sin proceder a la subrogación de quienes prestaban servicio como monitores y azafatas.

B) Sucesión de contrata prevista en convenio colectivo

Cuando por alguno de los motivos más arriba comentados, el cambio de titularidad de la contrata de servicios no es considerado sucesión de empresa, a los efectos previstos en el artículo 44 ET, los efectos subrogatorios en éste previstos pueden imponerse vía pliego de condiciones del concurso o adjudicación del servicio, o bien por disposición del convenio colectivo aplicable. Es éste el caso del artículo 35 del Convenio Colectivo para el Sector de Empresas Gestoras de Servicios y Equipamientos Deportivos de la Comunidad Foral de Navarra que establece:

"(...) el cambio de titularidad de la contrata de gestión de un servicio o instalación deportivos no extinguirá por sí misma en todos los supuestos la relación laboral, de tal forma que el contratista entrante quedará subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior, exclusivamente con relación a los trabajadores de la empresa cesante integrados en los grupos profesionales 4, 5 y 6 del sistema de clasificación profesional establecido en el artículo 11, por ser los trabajadores que tienen una más directa vinculación con la instalación cuya gestión se contrata, y que tengan una antigüedad mínima de 8 meses" STSJ de Navarra de 30 de junio de 2004, I.L. J 1301.

Pero si la subrogación empresarial se produce por aplicación del convenio colectivo, y no por imposición del artículo 44 ET, el alcance de las responsabilidades del nuevo empresario por las deudas del anterior debe fijarse de conformidad a lo previsto en la norma convencional. En el caso del Convenio Colectivo Regional de Castilla y León para la actividad de ayuda a domicilio, que prevé la subrogación de la empresa entrante en los derechos y obligaciones de la saliente respecto a los trabajadores, la responsabilidad de la primera no alcanza a las deudas salariales que el segundo mantuviera con los trabajadores afectados en el momento de la transmisión, pues así fue acordado por los negociadores de la norma convencional, a la vista de lo dispuesto en el artículo 27.4 del convenio:

"(...) Asimismo los trabajadores y trabajadoras percibirán con cargo exclusivo a la empresa cesante al finalizar la adjudicación, la liquidación de los haberes pendientes (partes proporcionales de gratificaciones extraordinarias, vacaciones, etc.) que le pudieran corresponder).

Por lo tanto, los haberes pendientes de los trabajadores en el momento de producirse la sucesión de contratas, son con cargo exclusivo a la empresa cesante." STSJ de Castilla y

León (Valladolid) de 14 de julio de 2004, I.L. J 1436. En el mismo sentido se pronuncian las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 31 de mayo y de 26 de julio de 2004, I.L. J 1431 y J 1446.

C) Empresas de economía social

La posible aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 44 ET cuando la empresa cesionaria adopta alguna de las formas societarias que podemos incluir entre las denominadas empresas de economía social merece una especial atención. La doctrina jurisprudencial suele tener en cuenta las peculiaridades que concurren en los fenómenos de crisis empresarial y, en concreto, el interés general en favorecer los intentos de los trabajadores instrumentalizados a través de la constitución de empresas de economía social, con el objetivo de continuar las actividades de la empresa afectada por un proceso de crisis, aportando sus conocimientos y, en ocasiones, los fondos económicos procedentes de prestaciones públicas. La liquidación de la empresa anterior suele posibilitar la adquisición de elementos patrimoniales, lo que unido a la continuidad de todos o alguno de los trabajadores asemeja tales fenómenos a los descritos en el artículo 44 ET. A tales efectos, conviene tener presente que la aplicación sin matices del régimen jurídico laboral previsto en el mismo, podría frustrar toda iniciativa que, por su contenido fundamentalmente social, requiere un tratamiento diverso.

La STSJ de Madrid de 11 de mayo de 2004, I.L. J 1553, en la resolución de una reclamación de un trabajador que viéndose afectado por un proceso de segregación empresarial, se opone a la subrogación empresarial. En esta ocasión, la Sentencia niega la aplicabilidad del artículo 44 ET argumentando la inexistencia de transmisión de una empresa como conjunto organizado de ésta dotado de autonomía suficiente, y ello a pesar de que como reconoce el órgano judicial:

“Es cierto que el objeto social coincide y que se está tratando sin duda de ocupar en el mercado el espacio de la anterior empresa por algunos de sus antiguos trabajadores, utilizando para ello ciertos elementos patrimoniales. Pero no es éste el supuesto del art. 44 Estatuto de los Trabajadores, que exige se transmita como tal una empresa o una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo y aquí no existía ya ninguna organización que reuniera esa condición pues los contratos de trabajo se habían extinguido por una causa autorizada administrativamente.”

D) La subrogación no se extiende a las meras expectativas de derechos

La continuidad de las relaciones de trabajo lleva aparejada la obligación del nuevo titular de la empresa de asumir la posición contractual laboral del precedente, subrogándose en los derechos y obligaciones que puedan derivarse. Simplificadamente, la técnica subrogatoria permite la novación del elemento subjetivo sin afectar a los elementos objetivos del contrato de trabajo. Pero la garantía establecida *ope legis* únicamente puede extenderse a los derechos y obligaciones realmente existentes en el momento en que se

III. Empresario

produce la transmisión; lo que implica que aquellos otros derechos que el trabajador no hubiese ya consolidado o adquirido no quedarán cubiertos por la subrogación impuesta en el artículo 44.1 ET; las expectativas de derecho y los derechos en trance de adquisición quedan fuera de ámbito de aplicación del precepto citado. La **STSJ de Asturias de 16 de julio de 2004**, I.L. J 1581, aborda la reclamación de una trabajadora, afectada por un proceso de transmisión entre Administración central y autonómica, con objeto de que se le aplique el régimen especial para la consolidación de empleo temporal, derecho contenido en el Convenio que le fue aplicable como trabajadora de la Administración central. En palabras del Tribunal:

“(…) debe tenerse en cuenta que en el momento de producirse la subrogación del Principado de Asturias en la posición de empleadora, (…), el pretendido derecho de la actora no tenía existencia, y que, conforme a una constante y reiterada doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1998 la subrogación del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores tan sólo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de dicha integración, es decir, lo que en ese momento el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolo a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance, de ningún modo, a las meras expectativas legales o futuras.

El proceso de consolidación está sometido a una serie de requisitos y condiciones que, a diferencia de lo declarado en la sentencia de instancia, no concurren en la demandante, ya que la plaza que ocupa no está afectada, en el momento en que se produce la subrogación empresarial del Principado, en ningún proceso de consolidación, por lo que la Disposición Transitoria Decimotercera resulta en este caso no un derecho consolidado, sino una expectativa legal o futura a la que, conforme a la mencionada doctrina jurisprudencial, no puede alcanzar la subrogación”. (STSJ de Asturias de 16 de julio de 2004, I.L. J 1581)

E) Mantenimiento de las condiciones fijadas en el Convenio Colectivo de la empresa cedente

La aplicación del artículo 44 ET, en su anterior redacción, impone el mantenimiento de los derechos que los trabajadores portaban de la empresa cedente, sin ninguna limitación temporal. Conforme a dicha regulación, la empresa cesionaria queda obligada a mantener el acervo de derechos contenido en el instrumento de regulación colectiva de las condiciones de trabajo aplicable a los trabajadores en el momento de la transmisión, circunstancia que debe mantenerse hasta que dichas condiciones sean modificadas por otros instrumentos de la misma naturaleza o de naturaleza legal, evitando con ello la petrificación de las relaciones laborales de los colectivos afectados por el proceso de transmisión. Lo que no puede hacer la empresa cesionaria, haciendo uso de su mera voluntad, es dejar sin efectos los derechos contenidos en el convenio colectivo de origen; circunstancia que es objeto de revisión por la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1532, que tiene en cuenta como en el supuesto enjuiciado:

“las relaciones de las trabajadoras demandantes (...) con posterioridad al 6 de noviembre de 1998 se regulan por el I Convenio de Aeroméctica Canarias, SL que al no decir más se presupone que fue aceptado por aquéllas ya que no consta impugnación a tal proceder,

y en todo caso por aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta. Por tanto cuando el 1-8-1999 la empresa (...) se subroga en los contratos de las actoras, no podía aquélla aplicarles su propio Convenio Colectivo si lo tuviera, hasta que el Convenio con el que pasaban fuese sustituido por otro de naturaleza convencional, tampoco podía aplicarles el Convenio que quisiera o ningún Convenio, pues en aplicación de la jurisprudencia expuesta las actoras pasaban a la nueva empresa cesionaria con el Convenio por el que se regulaban sus relaciones laborales en la fecha de la subrogación (...)"

F) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual

En anteriores ocasiones hemos hecho sucesivas referencias al problema que se plantea cuando la sucesión empresarial se produce en el marco de los acuerdos de liberalización del transporte aéreo. En esta ocasión, se trata de una reclamación individual en un proceso de segunda adjudicación del servicio de asistencia en tierra a los aviones de pasajeros mediante concurso público, en el que se produce un acuerdo entre las empresas para integrar a un determinado número de trabajadores procedentes del primer operador en la plantilla del segundo operador. La determinación de los concretos trabajadores afectados fue negociada y acordada con la representación de los trabajadores, recayendo en los trabajadores de menor antigüedad, aunque no contó con la individualizada aceptación, ni explícita ni tácita, de los afectados. En tales supuestos, la jurisprudencia rechaza la aplicación del artículo 44 ET, invocando en su lugar lo preceptuado por los artículos 1205 y 1257 del Código Civil, norma que permite reconocer individualmente a los trabajadores afectados por la transmisión empresarial el derecho a decidir su pase a la nueva empresa o su permanencia en la empresa originaria, consentimiento del trabajador que no podrá ser sustituido por lo dispuesto en un acuerdo colectivo. En este sentido se pronuncian las **SSTS de 14 de julio, de 17 de septiembre, de 11 de octubre y 28 de noviembre de 2004**, u.d., I.L. J 1755, J 1227, J 1493 y J 1270:

“(...) la situación contemplada en los presentes autos no responde a una propia y verdadera sucesión de empresa, toda vez que lo único que se transfiere es el personal a una nueva adjudicataria del servicio, por lo que la primera sigue subsistiendo con sus propios elementos patrimoniales y organizativos y la segunda se revela como adjudicataria de una parte o porción de dichos servicios.

La situación contemplada, responde, por tanto, a una novación del contrato por cambio de empleador y la misma, no se puede llevar a cabo sin el consentimiento de los trabajadores afectados conforme se infiere de los artículos 1257 y 1091 del propio Cuerpo Legal Civil, debiendo significarse que al no haberse producido en el caso de autos una propia y verdadera sucesión de empresa, resulta infringido, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.”

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**Sumario:**

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

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 9 a 12 –2004– de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*) merece la pena destacar varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En primer lugar, cabe hacer referencia a la **STC de 28 de junio de 2004**, I.L. J1347, que deja a la luz la desigualdad de trato de los trabajadores temporales a los efectos de sus derechos en un plan de pensiones. En segundo lugar, la **STS de 16 de junio de 2004**, I.L. J 1735, relativa al reconocimiento a los profesores de religión católica con contratos temporales de la indemnización por fin de contrato prevista en el art. 49.1.c) ET. Finalmente, conviene señalar la **STS de 21 de junio de 2004**, I.L. J 1740, en la que no se estima fraudulento el acceso a la prestación por desempleo derivado del cese de una trabajadora en un contrato indefinido para atender a un hijo recién nacido y ulterior contratación temporal a cuya terminación solicitó la prestación.

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

De entrada, conviene destacar dos sentencias del Tribunal Supremo. La primera es la **STS de 16 de junio de 2004**, I.L. J 1735, relativa al reconocimiento a los profesores de reli-

gión católica con contratos temporales de la indemnización por fin de contrato prevista en el art. 49.1.c) ET. Es preciso advertir que la tesis sostenida en la mencionada sentencia no constituye sino una aplicación de la doctrina, mantenida en anteriores pronunciamientos del Alto Tribunal, que reconoce el carácter temporal limitado a un curso escolar de estas contrataciones.

“Quiere esto decir que, siendo la vigencia del contrato coincidente con el curso escolar, finalizado éste se extingue el contrato a todos los efectos, de suerte que si el interesado es propuesto y nombrado para impartir la enseñanza en el curso siguiente, necesariamente habrá que entender que nace una nueva relación laboral, absolutamente desvinculada de la anterior, ya fenecida y, siendo esto así, la aplicación al caso de la regla del art. 49.1.c) debe ser incondicionada, haciendo a los trabajadores acreedores de la indemnización que reclaman, con independencia de su posible relación.”

La segunda sentencia destacable es la **STS de 22 de junio de 2004** (recurso 4925/2003) 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 ello es aun más evidente en los supuestos, en que como en el caso de autos, la subvención se acuerda y es concedida por la propia Administración contratante.

Asimismo, merece la pena apuntar determinados pronunciamientos que en doctrina judicial de suplicación abundan la utilización de contratos de obra o servicio determinados suscritos en función de subvenciones concedidas por organismos públicos. Como indicación preliminar y de carácter general, siendo un común denominador de todas las sentencias, se destaca la evolución jurisprudencial que señalaría que la existencia de una subvención no es suficiente para considerar conforme a derecho el contrato para obra o servicio determinado, resaltando que necesariamente debían reunirse los restantes requisitos de este contrato temporal, y señaladamente el de que la obra o servicio que constituya su objeto tenga autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. Partiendo de esta base, ello provoca en cada caso concreto, un análisis sobre el tipo de actividad desarrollada que conduce a que si se trata de una actividad normal y permanente de la empresa, no resulte legítimo el recurso a esta modalidad de contratación temporal como ocurre en los supuestos de contratos de formación en una Fundación dedicada a la organización de actividades formativas (**STSJ de Aragón de 20 de mayo de 2004**, I.L. J 1533), o en contratos donde se desarrollan tareas ordinarias y generales de la Corporación Local (**STSJ de Canarias, Las Palmas, de 3 de mayo de 2004**, I.L. J 1274). Pero sí, en caso contrario, cuando la subvención depende de terceros y las tareas consisten en la supervisión y vigilancia de niños en un comedor escolar (**STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de junio de 2004**, I.L. J 1351).

Por otra parte, hay que hacer notar que si la contratación responde a una necesidad extraordinaria, como la elaboración de un censo en el Instituto Nacional de Estadística sujeto a condiciones especiales como su extensión a todo el territorio nacional, su rea-

IV. Modalidades de Contratación

lización cada diez años y con un aumento anormal del número de trabajadores, sí está justificado el recurso a esta modalidad de contratación (STS de 11 de octubre de 2004, I.L. J 1649).

En los supuestos de utilización de este contrato en que la contratación temporal está supeditada a la vigencia de la contrata, se admite que la extinción de la misma comporta paralelamente la terminación de los contratos de trabajo vinculados a la misma (STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2004, I.L. J 1555 y STSJ de Navarra de 22 de junio de 2004, I.L. J 1298). E incluso, aceptada esta interpretación que vincula el contrato de obra o servicio determinado a la contrata, la rescisión parcial de la misma, que provoca una reducción del servicio, puede ser causa legal de extinción de este contrato (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 20 de julio de 2004, I.L. J 1444).

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Dentro de las coordinadas que analizan la legalidad de esta modalidad contractual, la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de junio de 2004, I.L. J 1350, determina la conversión de un contrato en indefinido al no identificarse la causa que justificaba el contrato eventual, limitándose a aludir genéricamente a las funciones de la categoría profesional que debía desempeñar la trabajadora, sin hacer referencia a una situación excepcional determinante de un exceso anormal de las necesidades habituales de la empresa.

Asimismo, en la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 9 de junio de 2004, I.L. J 1433, se analiza una secuencia contractual en el que tras ocupar una trabajadora un puesto de trabajo mediante un contrato eventual ha existido una posterior contratación para realizar las mismas tareas mediante un contrato de interinidad, por lo que se entiende que la relación laboral devino indefinida ante las irregularidades existentes, por lo que la extinción del contrato eventual no respondía a una causa justificada.

c) Contrato de interinidad

Las sentencias a reseñar en la presente crónica en relación con esta modalidad contractual se centran sobre todo en supuestos de finalización de este contrato temporal. En la STSJ de Navarra de 15 de abril de 2004, I.L. J 1292, se aborda un supuesto de interinidad por vacante con una duración superior a los 3 meses. Es preciso advertir que el caso tiene cierto interés desde la perspectiva del ente empresarial, Correos y Telégrafos, convertido en Sociedad Anónima, lo que tiene implicaciones en cuanto a su no consideración como Administración pública a los efectos de limitar la duración máxima de estos contratos al plazo de tres meses por aplicación del art. 4.2.b), párrafo 2º, del RD 2720/1998.

En concreto, en relación ya sí con supuestos de interinidad por vacante en la Administración pública se admite la legalidad del cese por la ocupación de la plaza vacante por el sistema de selección o promoción estableciendo reglamentariamente, sin que tal cese constituyese un despido (STSJ de Asturias de 2 de julio de 2004, I.L. J 1576).

Otro pronunciamiento más específico es el de la **STSJ de Asturias de 9 de julio de 2004**, I.L. J 1579, que aborda el cese de dos trabajadoras interinas por vacante como consecuencia de la aplicación de un Convenio colectivo para el personal laboral de la Administración del Principado de Asturias, donde se establecía un sistema de extinción de los contratos de interinidad en el que se seguía el criterio de la mayor antigüedad, matizándose dicho criterio en el caso de concurrencia de varios trabajadores donde algunos de ellos hubieran superado el primer ejercicio de una oposición. Por esta razón, el cese de estas trabajadoras responde a la excepción a la regla general de atender a la antigüedad, al tratarse de personal no procedente de la bolsa de la oposición.

También en relación con la inaplicación de los criterios para el cese de los interinos contenidos en acuerdos sindicales, cabe reseñar la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1361. En la misma, y atendiendo a las circunstancias del caso concreto, se señala que estos criterios —que fijan el cese del interino más antiguo— serían aplicables a los supuestos de interinidad por vacantes innominadas, pero no a los casos donde la interinidad por vacante se hallaba perfectamente identificada, en la que debía cesar la persona que cubría la vacante en cuestión.

Finalmente, reseñar las **SSTS de 23 de junio y 7 de octubre de 2004**, I.L. J 1744 y 1643, donde no se estima el recurso de casación por unificación de doctrina en relación con la extinción de un contrato de interinidad por amortización del puesto de trabajo derivada de la “funcionarización” de la plaza.

d) Contrato de inserción

En relación con este tipo de contratos hay diversas sentencias consagradas a marcar las peculiaridades de este tipo de contrato frente a la modalidad del de obra o servicio determinado. Así, en primer lugar, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de mayo de 2004**, I.L. J 1276, entiende que el cese por la expiración del tiempo máximo previsto para este tipo de contrato, no constituye despido, pues la contratación no está vinculada tanto a la obra o servicio que se vaya a realizar, sino al objetivo de mejorar la empleabilidad del trabajador. En segundo lugar, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 20 de mayo de 2004**, I.L. J 1282, desestima el recurso encaminado al reconocimiento de fraude de ley en la contratación por el hecho de que el objeto de los contratos de inserción de los trabajadores sea una labor permanente del Servicio Municipal, pues la normativa regulada de este contrato ampara este tipo de contrataciones.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Hay que precisar que en este terreno existen una serie de pronunciamientos de aplicación sobre el principio de igualdad establecido en el artículo 15.6 ET donde se pretende garantizar que los trabajadores con contratos de duración determinada tendrán los mismos

IV. Modalidades de Contratación

derechos que los trabajadores con duración indefinida. Desde luego, interesa resaltar, en primer término, la **STC de 28 de junio de 2004**, I.L. J 1347, que estima el recurso de amparo por la desigualdad de trato de los trabajadores temporales a la hora de determinar su ingreso en la empresa a los efectos del plan de pensiones de la Caja de Ahorros de Canarias.

“El efecto derivado de tal entendimiento de la regulación del plan de pensiones de que se reconozcan derechos diferentes a los trabajadores de la misma empresa cuya situación en el momento de la incorporación al plan puede ser idéntica desde todos los puntos de vista relevantes en orden a la articulación de la citada incorporación, por el solo hecho de que durante una fase determinada de su relación laboral con la empresa, anterior a la fecha de incorporación al plan, sus respectivas modalidades de contratación desde el punto de vista de la duración del contrato fueran diferentes, no puede considerarse una diferenciación basada en una justificación razonable, puesto que su lógica no descansa en ninguna razón objetiva justificada y relevante sino simplemente en una valoración, como ya hemos dicho, de los trabajadores temporales respecto de los fijos, haciendo a los primeros de peor condición que los segundos hasta el punto de considerar que los mismos no ingresaron realmente en la empresa sino desde el momento en que adquirieron la condición de fijos, perjudicando con ello sus intereses en cuestión de tanta trascendencia como la relativa a la causación de sus derechos de pensión futuros.”

Asimismo, 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 la paga de beneficios y de incentivos de productividad en el Convenio de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos (**STS de 27 de septiembre de 2004**, I.L. J 1345), a un complemento de antigüedad reconocido en otro convenio colectivo (**STSJ de Asturias de 14 de mayo de 2004**, I.L. J 1564) o el derecho a unas ayudas para el estudio hecha en una convocatoria del INSALUD (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de junio de 2004**, I.L. J 1435).

Sin embargo, en la **STSJ de Aragón de 26 de julio de 2004**, I.L. J 1541, se niega el derecho a trienios en el caso del personal laboral temporal retribuido conforme a la normativa prevista para el personal estatutario al servicio de Instituciones Sanitarias, constituida, como es sabido por el Real Decreto-Ley 3/1987 y normas de desarrollo. La razón de ello se encuentra en que el art. 15.6 ET no sería aplicable por cuanto los términos de comparación no discurrirían entre trabajadores temporales y trabajadores indefinidos, sino entre trabajadores temporales y personal estatutario con plaza en propiedad. Sin embargo, en sentido contrario, en un supuesto totalmente equiparable, la **STSJ de Cantabria de 23 de julio de 2004**, I.L. J 1365, ha reconocido el derecho de estos trabajadores temporales a la aplicación de este complementos. En síntesis, en este caso, se argumenta sobre la aplicación directa de la Directiva 1999/70/CE por la que se da valor jurídico al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, donde el concepto de “trabajador” sería un concepto amplio susceptible de incluir al personal estatutario temporal, que por consiguiente, no podría sufrir discriminaciones derivadas de su condición de eventual.

Otro de los focos de conflicto se presenta en relación con la posible existencia de una discriminación retributiva entre el personal estatutario eventual y el personal estatutario fijo que desempeña funciones de ATS/DUE en los Equipos de Atención de Atención Primaria del Servicio Valenciano de Salud. Es significativo, a este respecto, que tal y como señalan las SSTS de 15 de junio y 19 de julio de 2004, I.L. J 1734 y 1761, el hecho de que el tiempo de trabajo y las funciones desempeñadas por unos y otros no son equiparables, por lo que no se admite la existencia de discriminación.

b) Conversión en indefinidos

En este punto, debe resaltarse la STS de 15 de junio de 2004, I.L. J 1668, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con el ejercicio de la opción derivada de la declaración de despido improcedente de una trabajadora de la Entidad pública Empresarial de Correos y Telégrafos tras su conversión en una Sociedad Anónima Estatal. La interpretación del convenio colectivo aplicable a dicha empresa, supone, según el Alto Tribunal, que el derecho de opción en estos casos sólo se reconoce a los trabajadores contratados como fijos en origen, pero no para los trabajadores contratados como temporales, que devengan fijos como consecuencia de una contratación temporal fraudulenta.

En relación con la conversión de una relación laboral en indefinida, cabe reseñar algunos pronunciamientos que abundan en la doctrina de que celebrado un contrato fraudulentamente la consecuencia es la transformación de dicho contrato por tiempo indefinido sin que a ello obste el que el posterior contrato temporal sí se ajustase a la legalidad. En este sentido, son ilustrativas las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 3 de junio y de 7 de julio de 2004, I.L. J 1350 y 1358.

c) Tratamiento de la extinción contractual

Entre las sentencias examinadas, cabe reseñar algún pronunciamiento interesante como la STS de 21 de junio de 2004, I.L. J 1740, donde se aborda un supuesto de cese de una trabajadora en un contrato indefinido para atender a un hijo recién nacido y posterior contratación temporal, a cuya terminación solicitó la prestación por desempleo. El Alto Tribunal destaca de forma explícita que el fraude de ley no se presume, y que no cabe deducir el mismo de la no utilización de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral. En consecuencia, no se estima fraudulento el hecho de que la trabajadora prefiriese recurrir a esta vía para acceder a la prestación por desempleo.

Por otra parte, no cabe duda de que más conocida es la doctrina sostenida en las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de junio y 29 de julio de 2004, I.L. J 1437 y 1449, donde se señala que la incorrecta utilización de una modalidad contractual temporal cuando debió utilizarse otra, no tiene como consecuencia la conversión del contrato en indefinido. Ahora bien, en ambos casos, el cese del trabajador sin que se produjera la cobertura o la amortización de la plaza constituyó un cese improcedente.

IV. Modalidades de Contratación

Sin embargo, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de febrero de 2004, I.L. J 1718, sostiene que la contratación es fraudulenta en el caso de una celadora contratada sucesivamente por la Generalidad Valenciana bajo la modalidad de un contrato eventual, cuando la contratación debió responder al cauce del contrato de interinidad.

3. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

De entrada, debe reseñarse la STJCE de 27 de mayo de 2004, I.L. J 1235, en la que se resuelve una cuestión prejudicial en relación con una normativa nacional por la que los docentes a tiempo completo y a tiempo parcial están obligados a trabajar las mismas horas extraordinarias (3 mensuales) para poder cobrarlas. El Tribunal comunitario estima que tal regulación impone un trato desigual, al exigir proporcionalmente una mayor carga de trabajo a los trabajadores a tiempo parcial para poder tener derecho a la retribución, por lo que se vulneraría la normativa comunitaria, si esta diferencia de trato afecta a muchas más mujeres que hombres y, en segundo lugar, si dicha diferencia de trato responde a un objetivo ajeno a la pertenencia a un sexo determinado y es necesaria para alcanzar el objetivo perseguido.

También en terreno comunitario, la STSJCE de 12 de octubre de 2004, I.L. J 1457, resuelve una cuestión prejudicial en relación con la posible oposición a diversas Directivas de un contrato de trabajo a tiempo parcial que estipula que la duración de la jornada laboral se determine en función de la carga de trabajo, siendo libres los trabajadores de aceptar los trabajos o no, frente a la regulación de los trabajadores a jornada completa que tienen una distribución del tiempo prefijada. El Tribunal entiende que este tipo de contrato no vulnera ninguna norma de Derecho Comunitario.

Por su parte, la STSJ de Asturias de 2 de julio de 2004, I.L. J 1574, analiza un supuesto de contrato de relevo estimando la legalidad del cese por jubilación ordinaria del trabajador sustituido.

B) Contrato fijo discontinuo

En este terreno merece la pena destacar la jurisprudencia establecida en relación con 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 17 de septiembre de 2004, I.L. J 1226 y 1229).

También por lo que se refiere a la distinción entre la contratación temporal y la fija discontinua, cabe reseñar la STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2004, I.L. J 1512. La



pretensión deducida se encaminaba al reconocimiento del carácter fijo discontinuo de la relación laboral de unos artistas articulada a través de sucesivos contratos temporales. En línea con algunos pronunciamientos judiciales que venían revisando la interpretación tradicional en relación con la preferencia por el carácter indefinido de la relación, se establece que en la relación laboral de los artistas regulada por el RD1435/1985, la temporalidad se impone como regla general sin que la sucesión o reiteración en la contratación transforme la contratación en indefinida.

En atención a esta última idea de que la reiteración en la contratación temporal no transforma por sí misma la relación laboral en fija discontinua, conviene destacar la **STSJ de Asturias de 9 de julio de 2004**, I.L. J 1577. En la misma, se señala que los diversos contratos suscritos por una misma trabajadora dentro de una bolsa de trabajo respondieron a diversas causas debidamente acreditadas, por lo que el fin de los llamamientos –consecuencia de la supresión de la bolsa de trabajo– no constituía despido.

Finalmente, deben reseñarse una serie de pronunciamientos que inciden en la protección por desempleo de estos trabajadores respecto a la situación de inactividad entre campañas, atendiendo a hechos causantes anteriores al RD-L 5/2002 y la Ley 45/2002 (**STS de 29 de septiembre de 2004**, I.L. J 1490). En otro orden de cosas, el tema de la protección durante estos períodos suscita algún interés en el supuesto planteado por la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de julio de 2004**, I.L. J 1441. Concretamente, se plantea la conversión de determinados contratos a tiempo completo en contratos fijos discontinuos como consecuencia de un acuerdo en período de consultas. El Tribunal estima que tal cambio fue voluntario para los trabajadores –dado que la empresa ya tenía un expediente de regulación de empleo aprobado para la extinción de sus contratos. Sin embargo, esta voluntariedad predicable necesariamente para evitar la vulneración del art. 12.4.e) ET en cuanto a que todas las conversiones de este tipo tendrán carácter voluntario para el trabajador, no afectaría a la situación legal de desempleo a los efectos de otorgar protección durante los períodos de inactividad entre campañas, que se sucedieron de manera inmediatamente sucesiva a la aceptación del cambio. En este punto, el Tribunal desestima abiertamente la pretensión de la Entidad recurrente sobre un posible fraude de ley.

4. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En este ámbito, cobra especial relevancia la **STS de 17 de septiembre de 2004** (recurso 4178/2003) que versa sobre la cuestión del orden jurisdiccional competente para conocer de contrataciones administrativas irregulares, en concreto de una médico y una psicólogo contratados por la Administración de la Seguridad Social al amparo del Real Decreto 1465/1985 para el estudio, asistencia psicológica y atención a alcohólicos y drogodependientes en el sector marítimo pesquero. La sentencia señala, recordando pro-

IV. Modalidades de Contratación

nunciamientos jurisprudenciales anteriores, que compete a la jurisdicción social el conocimiento de los litigios surgidos en una relación de servicios entre Administraciones públicas y sus empleados, cuando en principio, es evidente que las prestaciones ejecutadas en su curso corresponden a servicios genéricos en régimen de horario fijo, y no a los resultados productivos específicos o con sustantividad propia previstos en el Real Decreto 1465/1985, al que se acogió formalmente la administración contratante.

Por su parte, la **STSJ de Asturias de 18 de junio de 2004**, I.L. J 1567, declara la incompetencia del orden social para conocer de la reclamación de una trabajadora temporal que pretende una reclasificación en la prelación de puesto de trabajo, incidiendo en las reglas de provisión de plazas en la Administración Sanitaria para crear una nueva plaza que se adecue a la licenciatura de la trabajadora. Para confirmar esta interpretación, la sentencia alude a que la pretensión afecta al organismo administrativo con competencia para la fijación de la plantilla.

B) Contratación laboral

a) Requisitos de acceso

En punto a los temas de competencia por razón de la materia, cabe destacar la declaración de incompetencia del orden social para conocer de la decisión administrativa de suprimir una bolsa de trabajo, que había dado lugar a diferentes contrataciones temporales por una misma trabajadora y, en su lugar, crear otra bolsa de trabajo, estableciendo diferentes requisitos para figurar en la misma (**STSJ de Asturias de 9 de julio de 2004**, I.L. J 1577).

b) Irregularidades en la contratación laboral

En relación con la figura jurisprudencial del contrato indefinido pero no fijo de plantilla debe mencionarse en primer término, la **STS de 26 de julio de 2004**, I.L. J 1215. En el supuesto de hecho, la sentencia recurrida reconocía la condición de fijos de plantilla a determinados trabajadores de la Cruz Roja, versando esencialmente el recurso sobre la posible naturaleza de Administración pública de esta entidad. La sentencia tras desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina por falta de contradicción, realiza una ambigua declaración señalando que “la doctrina de la sentencia recurrida, no sólo tiene su apoyo en el propio RD 2104/1984, en su art. 4.2.d), sino que, aun admitiendo que la Cruz Roja sea Administración Pública, en el supuesto de autos, también la relación sería indefinida, tal y como se estableció en esta Sala a partir de sus sentencias de Sala General de 14 de enero de 1998 (R. 315 y 317/97) y otros muchos posteriores en relación con irregularidades en contratos temporales en Administraciones Públicas”.

En segundo término, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de julio de 2004**, I.L. J 1531, que aborda, entre otras cuestiones, la posibilidad de acceder a una situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad con el desempeño de otro puesto de trabajo en la Administración pública en aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre. Aunque con carácter general, la sentencia reconoce este derecho, pero lo condiciona a la

propia naturaleza de la contratación como indefinida pero no fija. De suerte que durante la excedencia “continuará el cómputo de su primer contrato y sin que sea posible dar a éste mayor extensión de la que corresponde habida cuenta su naturaleza declarada de indefinido, que mantiene su vigencia, pero que sólo pervive hasta la cobertura del puesto por los trámites reglamentarios”. En consecuencia, la terminación de esta relación que hace desvanecer el derecho expectante a ocupar la vacante, no da derecho a indemnización alguna.

No plantea específicos problemas el supuesto resuelto en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1454, relativo al cese de un trabajador indefinido no fijo de plantilla por cubrirse la plaza por el titular designado por los procedimientos legales. Así se observa cómo se trata de una causa lícita, no existiendo despido.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Salario. A) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. De nuevo el factor de la temporalidad. Unificación de doctrina. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA por la tramitación de procedimiento concursal: la interrupción prolonga sus efectos hasta la conclusión del procedimiento. b) Responsabilidad: no procede. Salarios de tramitación correspondientes al período transcurrido desde la fecha del despido hasta la fecha en que se dicta el Auto que declara extinguida la relación laboral. Despido anterior a la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre. C) Protección del salario. a) Salario de los últimos 30 días de trabajo: inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias en los supuestos en que se incluyen en la retribución mensual. El SMI de referencia, a los efectos del art. 32 ET, será el correspondiente a la cifra anual dividida entre 365 días. **2. Jornada de trabajo.** A) Exceso de jornada. a) No ha lugar a compensación económica el exceso de jornada realizado contra el criterio expreso de la empresa. B) Festivos. a) Obligación de trabajarlos cuando sean motivados por la preparación de ventas especiales de enero y julio, respecto de todos los trabajadores afectados por el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. C) Guardias de socorristas de ambulancias. a) Se encuentran comprendidas en el ámbito de las Directivas 89/391 y 93/104, por lo que tienen un límite de 48 horas semanales incluido el período de permanencia. D) Horas extraordinarias. a) Discriminación. Vulnera el derecho a la no discriminación por razón de sexo la exigencia de prestación de idéntico número de horas extraordinarias a los trabajadores a tiempo completo y parcial para generar derecho a retribución de las mismas. b) Horas de presencia. El exceso sobre el límite semanal previsto para este tipo de horas, no puede ser computado como horas extraordinarias. c) Horas nocturnas. Merece la consideración de jornada extraordinaria, la realizada en horario nocturno si el mismo tiene establecido una duración

inferior respecto de la jornada que se desarrolla en horario diurno. **3. Clasificación profesional.**

A) Clasificación profesional e igualdad. I Convenio Colectivo Marco del "Grupo Endesa". B) Personal técnico especialista de laboratorio. Funciones. C) Proceso de clasificación profesional: delimitación. **4. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.**

A) Reducción de los días de descanso y aumento de los días de trabajo a la semana (de 5 a 6).

Modificación injustificada. No se demuestra por la empresa la necesidad de las modificaciones por exigencias del mercado. B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Sentencia estimatoria. Ejecución. Sustitución por indemnización y resolución contractual, a petición del trabajador. C) Procedimiento de oficio por impugnación de actos de sanción.

Sentencia meramente declarativa. No cabe la valoración sobre existencia o no de infracción. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aumento de la jornada en un

6 por 100. D) Conflicto colectivo. Inexistencia de modificación sustancial en materia de

jornada dado que el aumento de dos días de trabajo se debe al año bisiesto y a fiesta local

en domingo, y se mantiene el número de horas de trabajo efectivo. E) Inexistencia de caducidad de la acción, pues el empresario no siguió los trámites previstos en el art. 41.3 ET.

Procedimiento ordinario y no el del art. 138 LPL. F) Conflicto colectivo. Nulidad. Sistema

de guardias. **5. Excedencia voluntaria.** A) Excedencia voluntaria por incompatibilidad de prestación de servicios para la Administración Pública. Derecho de los trabajadores con

contrato indefinido (no fijo). B) Excedencia voluntaria. Reingreso. Desestimación. Vigencia

de la expectativa de derecho. C) Declaración de excedencia forzosa. Nulidad. Incapacidad

temporal. D) Reingreso tras excedencia. Indemnización equivalente a salarios de tramitación por la falta de readmisión. Descuento por trabajos prestados a otra empleadora.

6. Suspensión del contrato. A) Prisión preventiva. Causa de suspensión, no de extinción del contrato de trabajo.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2004 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 1193 a I.L. J 1784).

1. SALARIO

A) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. De nuevo el factor de la temporalidad. Unificación de doctrina

Según criterio jurisprudencial, la temporalidad de un contrato no puede tener la consideración de justificación objetiva y razonable para que a trabajo igual no se pague un salario igual (STC de 31 de mayo de 1993), de tal manera que no se puede privar a los trabajadores temporales del derecho a percibir las mismas retribuciones que los trabajadores fijos que desempeñan los mismos puestos, sin conculcar el principio de igualdad de trato en materia retributiva (STS de 6 de julio de 2000) resultando, por tanto, contrario al principio de igualdad e incluso discriminatorio aplicar a los contratados temporales por esta sola causa un régimen jurídico y económico diferente (STS de 22 de enero de 1996).

Esta doctrina ha sido ratificada por la legislación, de forma específica –la Ley 12/2001, de 9 de julio– que añadió el apartado 6 al artículo 15 LET, donde se establece que “los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida”.

En el mismo sentido, la doctrina de suplicación se ha pronunciado en varias ocasiones. Algunas de ellas y todas referidas a la paga de resultados son la SSTSJ de Andalucía (Granada) de 2 de julio de 2001, I.L. J 2127, de Canarias y Cataluña de 17 de enero y 12 y 27 de mayo de 2003, I.L. J 1362, 873 y 885 y de Madrid de 4 de abril de 2003, I.L. J 1391.

La STS de 27 de septiembre de 2004, u.d., I.L. J 1345, analiza de nuevo un supuesto de desigualdad retributiva entre trabajadores fijos y temporales, en concreto, la paga de beneficios y de incentivos de productividad. Se establece a este respecto que:

“En el supuesto aquí controvertido no encontramos causa objetiva alguna bastante para justificar el trato diferenciado que la empresa demandada viene dispensando a los demandantes, comparados con el personal fijo, pues la temporalidad del vínculo laboral de los primeros no legitima ese trato desigual, al faltar todo elemento de prueba acreditativo de que el personal temporal no realice las mismas tareas ni en forma y condiciones distintas al personal fijo, de suerte que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 ET, el trabajo prestado con igual valor por ambos grupos de trabajadores debe ser retribuido por el empresario con el mismo salario.”

A idéntica conclusión llegaron las SSTS de 2 de junio de 2003 y 28 de mayo de 2004, al declarar carente de toda razonabilidad la distinción que el convenio colectivo hace de los trabajadores fijos y los temporales, en materia retributiva.

B) Fondo de Garantía Salarial**a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar frente al FOGASA por la tramitación de procedimiento concursal: la interrupción prolonga sus efectos hasta la conclusión del procedimiento**

Así se señala en STSJ de Asturias de 25 de junio de 2004, I.L. J 1572, aplicando el criterio mantenido por el TS, en Sentencia de 11 de julio de 2001. Concretamente se señala que la tramitación del procedimiento concursal suspende el cómputo de la prescripción de las acciones, y que la suspensión ha de prolongar sus efectos desde la iniciación hasta la conclusión del expediente, pues se trata de una interrupción judicial que debe seguir produciendo sus efectos hasta que por decisión judicial se ponga fin al trámite.

b) Responsabilidad: no procede. Salarios de tramitación correspondientes al período transcurrido desde la fecha del despido hasta la fecha en que se dicta el Auto que declara extinguida la relación laboral. Despido anterior a la entrada en vigor de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre

En STSJ de La Rioja de 22 de junio de 2004, I.L. J 1495, aplicando el art. 33.1 ET, en su redacción dada por Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, anterior a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, se desestima que el FOGASA deba responder de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha en que por Auto se declara extinguida la relación laboral. Para ello se argumenta, básicamente, que no se opone a la aplicación de tal precepto (en su redacción anterior a la vigente) ni la Directiva comunitaria 1980/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, ni la doctrina del TJCE por dos razones. Por un lado, porque la Directiva hace exclusiva referencia a créditos impagados correspondientes a retribuciones adeudadas, y no a indemnizaciones o conceptos indemnizatorios, y que es ya consolidada la doctrina unificada del TS que viene manteniendo la naturaleza indemnizatoria y no retributiva de los salarios de tramitación (a tal efecto se cita la STS de 14 de julio de 1998, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina 3482/1997). Por otro lado se señala que el TS, en Sentencia de 26 de diciembre de 2002 (dictada en autos de recurso de casación para la unificación de doctrina 644/2002), ha señalado que “el régimen de garantía salarial establecido por el legislador español para la indemnización de los ‘salarios dejados de percibir’ después del despido o extinción del contrato de trabajo (esto es, los denominados ‘salarios de tramitación’) no plantea fricción alguna con la regulación de la Directiva 1980/987/CEE, porque el ámbito objetivo de la ‘institución de garantía salarial’ prevista en esta norma comunitaria se limita a ‘los créditos impagados que se refieran a la retribución’ (art. 3.1), carácter que no tiene la indemnización que aquí nos ocupa (...), (y que) el concepto de retribución a los efectos de garantía salarial es un concepto cuya determinación corresponde al Derecho nacional (art. 2.2), y nuestro Derecho interno lo ha negado de manera inequívoca en el art. 26.2 del ET (...)”.

C) Protección del Salario

- a) **Salario de los últimos 30 días de trabajo: inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias en los supuestos en que se incluyen en la retribución mensual. El SMI de referencia, a los efectos del artículo 32 ET, será el correspondiente a la cifra anual dividida entre 365 días**

En STSJ de Navarra de 30 de julio de 2004, I.L. J 1586, se señala que los créditos salariales por los últimos 30 días de trabajo, a que se refiere el art. 32.1 ET, son los normales de los días en consideración, sin el agregado de partes proporcionales de pagas extraordinarias u otro concepto de periodicidad superior a la mensual, salvo en aquellos casos en que se venga practicando entre las partes la modalidad de “salario global”, pues en este caso el vencimiento de la prorrata es diario, y su pago ha de coincidir con los plazos a que se refiere el art. 29 ET, sin poder exceder del mes.

Asimismo se señala que a los efectos del art. 32 ET, el salario mínimo interprofesional de referencia no debe ser el salario mínimo diario o mensual sino el correspondiente a la cifra anual dividida entre 365 días.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Exceso de jornada

- a) **No da lugar a compensación económica el exceso de jornada realizado contra el criterio expreso de la empresa**

La STSJ de Galicia de 15 de abril de 2004, I.L. J 1499, trata de las consecuencias económicas que derivan de la permanencia de la plantilla de una empresa durante cinco minutos respecto de la hora de salida marcada por ésta, en contra de su criterio expreso.

Los trabajadores entienden que ese exceso de jornada debe ser compensado económicamente, discutiendo en el fondo, la capacidad de la empresa para modificar la distribución de la jornada de trabajo, si la misma no deriva de la previa negociación colectiva.

No comparte este criterio la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, que entiende que la pretensión de los actores nace de una actitud antijurídica de quienes por la vía de hecho adoptaron una actitud de permanencia en el puesto de trabajo durante cinco minutos más, sin acreditar trabajo efectivo.

La Sala aún sin mencionarlo expresamente, aplica la obligación de obediencia debida del trabajador respecto del empresario, que implica que el trabajo debe prestarse cumpliendo las órdenes e instrucciones de este último [art. 5.c) de la LET], al afirmar que los trabajadores no se encuentran legitimados para convertirse en definidores de su propio derecho.

Por ello, si no existía acuerdo con la empresa en un punto concreto, debieron articular las vías jurídicas que el ordenamiento pone a su disposición, siendo condenable la utilización de la vía de hecho para la definición de su propio derecho.

Postura esta ya mantenida en supuestos análogos por la Sala de lo Social del TS desde tempranas fechas (SSTS de 10 de mayo y 4 de octubre de 1988, Ar. 3589 y 7815), y que sólo admite excepcionalmente como legítimo el derecho de resistencia del trabajador frente a las órdenes del empresario (*Ius Resistentiae*) en supuestos tales como lesión de derechos irrenunciables; atentados a su dignidad; órdenes que impliquen peligrosidad o grave perjuicio para el trabajador, etc.

B) Festivos

a) Obligación de trabajarlos cuando sean motivados por la preparación de ventas especiales de enero y julio, respecto de todos los trabajadores afectados por el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes

La STS de 13 de octubre de 2004, I.L. J 1653, resuelve el conflicto colectivo planteado por varias organizaciones sindicales respecto a la interpretación de los arts. 32 y 13 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes. Se pretendía por las organizaciones sindicales una interpretación del mismo en el sentido de exonerar a los trabajadores que no prestan servicios en domingos y festivos, de trabajar estas fiestas también cuando se trata de las ventas especiales de enero y julio.

No es ésta la interpretación que acoge el Alto Tribunal. Para el mismo la obligación de trabajar domingos y festivos con motivo de las ventas especiales de enero y julio se deduce con claridad del convenio, tanto atendiendo al tenor literal de la norma (el convenio excluye de la obligatoriedad de prestar horas extraordinarias en domingos y festivos exclusivamente para la realización de inventario o balance, omitiendo cualquier referencia a la preparación de las ventas especiales) como atendiendo al contexto de la norma, que contempla en su art. 33 una situación especial coincidiendo con las ventas extraordinarias o rebajas de enero y julio, fecha en la que los negociadores han previsto una mayor fuerza de trabajo, que obliga a todos los trabajadores con independencia de su régimen particular de jornada, a prestar servicios en tales fechas aunque coincidan con domingos o festivos.

C) Guardias de socorristas de ambulancias

a) Se encuentran comprendidas en el ámbito de las Directivas 89/391 y 93/104, por lo que tienen un límite de 48 horas semanales incluido el periodo de permanencia

La STJCE de 5 de octubre de 2004, I.L. J 1455, interpreta las Directivas 89/391 y 93/104 respecto de la actividad de los Socorristas de Ambulancias Alemanas, y lo hace en el siguiente sentido:

V. Dinámica de la Relación Laboral

1°. La actividad de los Socorristas, realizada en el marco de un servicio de asistencia médica urgente, se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación de ambas directivas.

2°. Para que resulte válida la superación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas establecido en el artículo 6 de la Directiva 93/104 se requiere una aceptación expresa y válidamente manifestada por cada trabajador no siendo suficiente con que el contrato de trabajo del interesado se remita a un Convenio Colectivo que permita tal superación.

3°. El límite de 48 horas semanales incluye los períodos de permanencia, los cuales deben tomarse íntegramente en cuenta a la hora de determinar la duración máxima diaria y semanal del tiempo de trabajo.

4°. Conculca la Directiva 93/104, la normativa de un estado miembro, que en lo que respecta a los períodos de permanencia asegurados por socorristas en el marco de un servicio de asistencia médica urgente, tiene por objeto permitir en su caso, mediante convenio colectivo o acuerdo de empresa basado en tal convenio, sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal de cuarenta y ocho horas establecida por citada Directiva.

5°. La Directiva 93/104 posee todos los requisitos necesarios para producir efecto directo, por lo que el juez nacional está obligado cuando aplique normas de derecho interno con objeto de adaptarlo a las obligaciones establecidas por una directiva a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de dicha directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

D) Horas extraordinarias

a) Discriminación. Vulnera el derecho a la no discriminación por razón de sexo la exigencia de prestación de idéntico número de horas extraordinarias a los trabajadores a tiempo completo y parcial para generar derecho a retribución de las mismas

La Directiva comunitaria 75/117 del Consejo, de 10 de febrero, se refiere a la igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos y contiene el denominado “principio de igualdad de retribución” que implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye el mismo valor, la eliminación en el conjunto de elementos y condiciones de retribución de cualquier discriminación por razón de sexo.

La cuestión que se plantea al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se centra en determinar si citada normativa puede ser vulnerada por un ordenamiento nacional, que exige trabajar 3 horas extraordinarias mensuales a los profesores docentes, presten servicios a jornada completa o a tiempo parcial, para generar derecho a retribución de las mismas.

El sustrato fáctico parte de una profesora alemana, con un contrato a tiempo parcial, que se ve obligada a prestar 2,5 horas extraordinarias mensuales y a la que se deniega la retribución de las mismas, porque la normativa nacional exige un desarrollo de 3 horas extraordinarias mensuales mínimas para poder tener derecho a retribución por este concepto sin distinguir entre trabajadores a tiempo completo o a tiempo parcial.

La cuestión prejudicial es informada positivamente por la **STJCE de 27 de mayo de 2004**, I.L. J 1235. Citado Tribunal entiende que el contenido de la Directiva 75/117 se vulnera por una normativa nacional por la que los profesores a tiempo parcial no perciben ninguna retribución por las horas extraordinarias que realizan cuando éstas no superan 3 horas al mes, si esta diferencia de trato afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres sin que pueda justificarse por un objetivo ajeno a la pertenencia de un determinado sexo, o no resultar necesaria para alcanzar el objetivo perseguido.

b) Horas de presencia. El exceso sobre el límite semanal previsto para este tipo de horas, no puede ser computado como horas extraordinarias

El RD 1561/1995 sobre jornadas especiales de trabajo, en su art. 8 dispone y regula el tiempo de presencia como aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario, sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares.

Citadas horas no computan a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo ni para el límite máximo de las horas extraordinarias. Ahora bien, las horas de presencia no pueden exceder de 20 horas semanales de promedio en un período de referencia de un mes (art 8.3 del RD 1561/1995).

¿Cuál debe ser el tratamiento que debe darse a las horas de presencia que excedan del límite de 20 horas semanales de promedio marcado en el art. 8.3 del RD 1561/1995?

Ésta es la cuestión que analiza la **STSJ de Asturias de 30 de abril de 2004**, I.L. J 1372, y que resuelve en el sentido de desestimar la consideración de este exceso de jornada como horas extraordinarias. Para la Sala de lo Social de Asturias, no cabe hablar de horas extraordinarias, respecto del exceso de las horas de presencia o espera, dado que éstas no tienen la consideración de trabajo efectivo. Desestima así la demanda de horas extraordinarias formulada por la parte actora.

Se echa de menos en la Sentencia, siquiera sea *obiter dicta* un pronunciamiento acerca de cuál deba ser el tratamiento o compensación que merezca ese exceso de jornada, ya que se omite cualquier pronunciamiento al respecto.

Siguiendo el mismo razonamiento utilizado para desestimar la indemnización como jornada extraordinaria, tampoco cabría retribuir las como jornada ordinaria pues carecen de la consideración de trabajo efectivo.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Así las cosas, la única salida posible a la reclamación de los actores, pudiera ser la compensación de esas horas al precio previsto en el convenio colectivo para las horas de presencia, aun superando el máximo legal, y ello sin perjuicio de las consecuencias que una denuncia administrativa sobre estos hechos pudiera deparar a la empresa infractora. Cabría igualmente reflexionar, si cabría al trabajador el ejercicio del *Ius Resistentiae* respecto al cumplimiento de los tiempos de espera que excedan del máximo legal, toda vez que la reclamación posterior para el cumplimiento de los máximos legales devendría baldía respecto a la pretensión de respeto a las jornadas máximas previstas legalmente.

c) Horas nocturnas. Merece la consideración de jornada extraordinaria, la realizada en horario nocturno si el mismo tiene establecido una duración inferior respecto de la jornada que se desarrolla en horario diurno

Interpreta la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de julio de 2004, I.L. J 1359, el Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Lo hace en el sentido de estimar la pretensión de la demandante que desarrollaba su jornada en turnos de mañana y noche, postulando que para la fijación de su jornada anual se tuviera en cuenta la circunstancia rotatoria que la afectaba, disminuyendo su jornada anual en atención al tiempo de prestación de servicios que se realiza en período nocturno.

Acepta el Tribunal la tesis y entiende que la jornada anual debe ser computada de forma individualizada para cada trabajador reduciendo la misma en atención a las horas prestadas de forma nocturna. Una vez así fijada la jornada anual, el exceso deben ser consideradas como horas extraordinarias.

Dos son las razones que apoyan la tesis del tribunal. La primera se apoya en la interpretación del convenio colectivo; la segunda, en un argumento finalístico toda vez que declara que una interpretación distinta supondría hacer de peor trato a quien se encuentra en una situación más gravosa, es decir, quien no tiene una jornada constante, que le permite realizar de modo más regular su vida personal y familiar y se ve obligado a cambios vitales.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Clasificación profesional e igualdad. I Convenio Colectivo Marco del “Grupo Endesa”

El encuadramiento de las categorías de verificadores y montadores del I Convenio Colectivo Marco del “Grupo Endesa” en diferente grupo profesional no vulnera el principio de igualdad. Conclusión que se alcanza primando un análisis histórico de la regulación convencional de la clasificación profesional en la empresa que desvela que estas categorías han tenido tradicionalmente atribuidas cometidos y responsabilidades diferentes (fundamento de derecho cuarto). Conclusión que, al igual que la corrección del encuadramiento de los verificadores de instrumentación en el Grupo IV debida a la ausencia de responsabilidad de mando exigida en el Grupo III, se sostiene en las SSTSJ de Castilla y

León de (Valladolid) de 17 de mayo y 15 de julio de 2004, I.L. J 1425 y J 1442 (recursos 2726/2003 y 180/2004).

B) Personal técnico especialista de laboratorio. Funciones

La delimitación de funciones del personal técnico especialista de laboratorio no comprende la extracción de muestras de sangre. La **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 1478 (recurso 200/2003), señala como normativa aplicable al respecto, dada su condición de personal laboral, el Estatuto de los Trabajadores, el Convenio Colectivo de aplicación y la Orden de 14 de junio de 1984 sobre competencias y funciones de los Técnicos Especialistas de Laboratorio, Radiodiagnóstico, Anatomía Patológica, Medicina Nuclear y Radioterapia, de Formación Profesional de segundo grado, rama sanitaria. Norma, esta última, cuyo artículo 4.3 establece que corresponde a estos profesionales la “colaboración en la obtención de muestras, manipulación de las mismas y realización de los procedimientos técnicos y su control de calidad, para los que estén capacitados en virtud de su formación y especialidad”. Expresión, “colaboración”, en la que no resulta incardinable esta función según insinúa la Sentencia de 26 de febrero de 1993 (recurso 394/1992) y confirma claramente la sentencia citada considerando que “las meras funciones de ‘colaboración’ de los técnicos no pueden extenderse hasta integrar por completo una actividad asignada a otras profesiones sanitarias”.

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

Siguiendo la estela marcada por la STS (u.d.) 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

V. Dinámica de la Relación Laboral

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 de casación para la unificación de doctrina 1903/2003), y de 9 y 28 de septiembre de 2004, I.L. J 1195 y J 1488 (recursos de casación para la unificación de doctrina 3802/2003 y 3631/2003) que señalan como vía jurisdiccional adecuada la del proceso ordinario, haciendo la última de las citadas especial recordatorio de que no se trata de conocer la adecuación de las funciones realizadas a las categorías profesionales sino la corrección del encuadramiento del trabajador a la luz del Convenio Colectivo de aplicación.

4. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Reducción de los días de descanso y aumento de los días de trabajo a la semana (de 5 a 6). Modificación injustificada. No se demuestra por la empresa la necesidad de las modificaciones por exigencias del mercado

La empresa procedió a modificar las condiciones de trabajo de carácter colectivo, previas reuniones negociadoras con el Comité de Empresa, sin que se alcanzase acuerdo alguno. Los trabajadores venían disfrutando de una jornada de lunes a viernes en horario de 40 horas semanales y la empresa ante el fracaso modificó el descanso como la jornada. La STSJ de Madrid de 26 de abril de 2004, I.L. J 1504, examina el fondo de la causa “adecuada organización de los recursos” y señala que “no se ha demostrado, y tal carga venía atribuida por mandato legal a la recurrente, que la situación de las cuentas de explotación, bienes de equipo, recursos humanos y, por último, capacidad productiva en función de las exigencias del mercado aconsejen una medida colectiva como la que la misma decidió de forma unilateral, modificación que, como se vio, afecta a aspectos sustanciales de las condiciones laborales de un total de 78 empleados como son la distribución horaria de su jornada laboral –pasando a trabajar de cinco a seis días a la semana– régimen de trabajos a turnos y número de días de descanso semanales –que antes eran dos completos–. Asimismo, destaca la señalada sentencia que no obstante la norma convencional establezca el descanso semanal en día y medio y pueda fraccionarse el medio día descansando cualquier día de la semana o cada dos semanas un día completo, nada desvirtúan el debate que lo era una mejora de condiciones en descansar dos días a la semana con las consecuencias en la distribución horaria.

B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Sentencia estimatoria. Ejecución. Sustitución por indemnización y resolución contractual, a petición del trabajador

La sentencia declaró nula la modificación sustancial operada respecto a la trabajadora y la empresa notificó a la señalada la incorporación en la empresa a un local almacén distinto de donde se había trasladado por cierre del centro donde prestaba servicios la trabajadora. El Juez a quo estimó la petición de extinción del contrato de trabajo con abono de la indemnización de 7.233,65 euros. La empresa recurre en suplicación. La STSJ de Cataluña

26 de mayo de 2004, I.L. J 1514, parte de que el carácter injustificado de una medida de modificación sustancial de condiciones de trabajo conlleva un auténtico derecho del trabajador a la reposición en sus condiciones de trabajo anteriores a la modificación (art. 41 ET y art. 138 LPL). La señalada sentencia destaca, “no obstante la reposición del trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, es con carácter general una obligación de hacer (o, para ser precisos de deshacer lo indebidamente hecho) de naturaleza personalísima, que no puede ser normalmente llevada a cabo por sustitución de la parte obligada a través de la acción del órgano judicial. Por ello podrá ser sustituido por su equivalente pecuniario y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sin que a diferencia de lo dispuesto para al ejecución de despido improcedente por la LPL, haya norma que establezca para estos casos una indemnización tasada legalmente en caso de sustitución por la misma de la ejecución en especie. Dicha sentencia recoge la doctrina constitucional [STC 194/1991 (recurso de amparo 1327/1988)] donde se recoge que, obstante comprender el derecho a la tutela efectiva del art. 24.1 CE el derecho a la ejecución en sus propios términos, “hay casos en los que, en trámite de ejecución de sentencia, la transformación de una condena establecida en su parte dispositiva por su equivalente pecuniario podrá ser más o menos acertada en el plano de la legalidad ordinaria o, si se quiere contrario a la misma, pero ello por sí solo no vulnera el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE”. Por tanto concluye la Sala, la nulidad declarada de la modificación sustancial conlleva a la ejecución en especie, a *sensu contrario* las declaradas injustificadas la obligación de deshacer lo indebidamente hecho puede ser sustituida por su equivalente pecuniario y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. La referencia del art. 138.6 y 7 LPL a la resolución contractual del art. 50 ET, “sólo puede ser interpretada procesalmente en el sentido de que si el trabajador lo pide se podrá acordar dicha resolución contractual directamente en el procedimiento de ejecución sin necesidad de instar nuevo proceso mediante una nueva demanda”.

C) Procedimiento de oficio por impugnación de actos de sanción. Sentencia meramente declarativa. No cabe la valoración sobre existencia o no de infracción. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aumento de la jornada en un 6 por 100

La Autoridad laboral instó demanda de oficio al entender un cambio de horario unilateral por parte de la empresa. La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 14 de julio de 2004, I.L. J 1528, depuse de llevar a cabo un análisis de la modalidad procesal de procedimiento de oficio (artículos 146 y siguientes) examina si la decisión empresarial de cambiar el horario de trabajo de todo el personal adscrito al sistema de jornada continuada de modificar el horario (de 8,00 a 14,30 a 8,00 a 15,00 horas) constituye o no una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Para ello examina el concepto de “sustancialidad”, y así señala que para ello debe producir una transformación de los aspectos básicos de la relación laboral que haga que la prestación resulte trascendente para el trabajador atendiendo a la intensidad de la misma, la condición de trabajo a la que se refiera la modificación y su duración en el tiempo (STS de 15 de marzo de 1991). Tanto para el Juzgado de instancia como la Sala de lo Social, el sistema de jornada continuada en media hora diaria,

V. Dinámica de la Relación Laboral

supone un aumento de jornada del 6 por 100, con lo que se considera una modificación sustancial y por tal fuera del *ius variandi* de la empresa.

D) Conflicto colectivo. Inexistencia de modificación sustancial en materia de jornada dado que el aumento de dos días de trabajo se debe al año bisiesto y a fiesta local en domingo, y se mantiene el número de horas de trabajo efectivo

Por la empresa se elaboró calendario laboral previas negociaciones con el comité de empresa, manteniendo la misma jornada de horas de trabajo, se mantiene el número de días de vacaciones laborables, se recogen cinco puentes festivos y se establecen dos días más de trabajo efectivo que en el año anterior. El comité de empresa plantea demanda que es desestimada por el Juzgado *a quo*, recurrida en suplicación la STSJ de Navarra 28 de julio de 2004, I.L. J 1585, examina el carácter sustancial o no de la medida, esto es, para que se dé tal elemento debe suponer una alteración y transformación en aspectos fundamentales de la relación laboral que vincula a las partes. En el presente supuesto manteniéndose la misma jornada de horas anuales, las mismas vacaciones laborables, recogiendo 5 puentes festivos y ampliándose en dos días de trabajo efectivo, circunstancia que responde al carácter de bisiesto del año y coincidir la fiesta local en domingo, tal “reajuste no comporta una mutación relevante y de suficiente entidad, como para caracterizarlo de modificación sustancial, pues en puridad se trata de la coincidencia de esas dos circunstancias, y la elaboración del mentado calendario por parte de la empresa supone la facultad implícita en el *ius variandi* propio del poder de dirección empresarial”.

E) Inexistencia de caducidad de la acción, pues el empresario no siguió los trámites previstos en el artículo 41.3 ET. Procedimiento ordinario y no el del artículo 138 LPL

La STS de 4 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1892, reitera la doctrina unificada en el sentido que el proceso especial regulado en el art. 138 LPL tiene como presupuesto la existencia real de modificaciones sustanciales de trabajo tal y como se conciben en el art. 41 ET. De modo que si se incumple por el empleador los requisitos formales del precepto “no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en el art. 41 del ET, siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar frente a la medida y no el especial del art. 138 LPL, el de conflicto colectivo si es que se impugna la práctica empresarial por ese cauce, pero en tal caso sin sometimiento a plazo de caducidad (...)” “la decisión patronal podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal, por haberse adoptado cumpliendo las exigencias de forma del art. 41 ET. Entonces sí será obligada su impugnación por la modalidad procesal del art. 138 LPL y estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado por dicho precepto y el art. 59.4 ET. En caso contrario, la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el del conflicto colectivo si se ejercita la acción de esa naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad (...)”.

F) Conflicto colectivo. Nulidad. Sistema de guardias

La STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de julio de 2004, I.L. J 1912, examina el recurso frente a la sentencia dictada en conflicto colectivo sobre modificación del régimen de turnos de guardia de la empresa recurrente. La sentencia parte de que el art. 41 ET constituye una norma de orden público, a la que puede acudir la empresa para modificar las condiciones de trabajo de carácter colectivo, y tal precepto garantiza la negociación. Y conforme a dicha norma, si afecta a condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III del ET, sólo puede producirse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto a las materias de horario, régimen de trabajos a turnos y sistema de remuneración. El nuevo sistema de guardias de la empresa se encuentra en el sistema de turnos, por ello sólo el acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores permitía la modificación, que al no llevarse a cabo la misma es nula.

5. EXCEDENCIA VOLUNTARIA**A) Excedencia voluntaria por incompatibilidad de prestación de servicios para la Administración Pública. Derecho de los trabajadores con contrato indefinido (no fijo)**

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de julio de 2004, I.L. J 1531, analiza un supuesto de declaración de una trabajadora en situación de excedencia, trabajadora que mantenía con la Administración una relación de carácter indefinido. Para la sentencia debe existir un reconocimiento del derecho a la situación de excedencia, si bien señala que la misma está sometida a límites. De forma textual, la sentencia establece que:

“Es evidente que en la suspensión del contrato por excedencia voluntaria derivada de incompatibilidad a la trabajadora se le debe reconocer el derecho a la excedencia, pero dentro de dos límites que para su contrato indefinido ha reconocido oportunamente esta Sala, de manera que, durante la misma, continuará el cómputo de su primer contrato y sin que sea posible dar a éste mayor extensión de la que corresponde habida cuenta su naturaleza declarada de indefinido, que mantiene su vigencia, pero que sólo pervive hasta la cobertura del puesto por los trámites reglamentarios, lo que no equivale a la adquisición por el trabajador de fijeza, pues el carácter indefinido del contrato hay que compatibilizarlo con su sujeción a término pues debe prevalecer la norma específica sobre Administración Pública (Sentencias en unificación de doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 20 y 21 de enero de 1998, 19 y 26 de enero, 13 y 18 de octubre de 1999). Lo anterior supone que, si durante la excedencia que se reconoce, llega a su término la relación original por los cauces reseñados, el contrato se extingue, sin que la trabajadora pueda reclamar, al dejar de prestar servicios como funcionaria, su derecho a incorporarse a su inicial puesto de trabajo.”

V. Dinámica de la Relación Laboral

B) Excedencia voluntaria. Reingreso. Desestimación. Vigencia de la expectativa de derecho

La STSJ de Madrid de 1 de junio de 2004, I.L. J 1559, establece que debe declararse la inexistencia de vacantes, en los supuestos, como el que se somete a la consideración de la Sala, en los que en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Sexta bis del XV Convenio Colectivo entre la empresa "Iberia, LAE, SA" y su personal de tierra (BOE núm. 152/2001, de 26 de junio de 2001), la Comisión de Seguimiento del Empleo en reunión celebrada el 25 de noviembre de 2002, acordó la transformación contractual de un elevado número de administrativos eventuales en fijos de actividad continuada a tiempo completo con efectos administrativos desde esa misma fecha y económicos desde la fecha de la firma del contrato individual.

En este sentido se hace eco la Sala de la doctrina del Tribunal Supremo que ha venido negando con carácter general la facultad empresarial de amortizar vacantes cuando está pendiente el reingreso de un excedente voluntario, si bien se aclara que tal situación no se produce cuando existe una cobertura jurídica que ampare tal amortización como ocurre en el caso enjuiciado con el referido Convenio Colectivo.

C) Declaración de excedencia forzosa. Nulidad. Incapacidad temporal

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de julio de 2004, I.L. J 1588, analiza la situación de una trabajadora a la que le fue prorrogada por la Dirección Provincial del INSS su situación de incapacidad hasta la resolución de dicho organismo a la vista del dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades. Habiéndose producido dicha prórroga, no procede declararle en situación de excedencia forzosa el día en que han transcurrido dieciocho meses desde el inicio de la incapacidad temporal, ya que no se ha agotado el período máximo de incapacidad temporal, pues el período máximo fijado en el art. 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social debe ser cohonestado con lo dispuesto en el art. 131 bis de dicha norma, en cuanto a la posibilidad de prolongar los efectos de la incapacidad temporal, por lo que la citada incapacidad no se extingue hasta que no transcurra dicha prórroga.

D) Reingreso tras excedencia. Indemnización equivalente a salarios de tramitación por la falta de readmisión. Descuento por trabajos prestados a otra empleadora

La STS de 15 de junio 2004, I.L. J 240 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3305/2003), ante un supuesto de fijación de indemnización por la falta de readmisión de un excedente, se plantea la cuestión de si es posible descontar lo percibido por la demandante durante los períodos de trabajos prestados para otra empleadora.

La sentencia recurrida había considerado que la alegación y prueba acerca del percibo de esta cantidad, fruto del trabajo para la otra empleadora, debieron haberse llevado a cabo en el acto del juicio, y que, una vez firme la sentencia que era objeto de ejecución, tales alegaciones y pruebas eran extemporáneas, debiendo ejecutarse ahora la sentencia en sus propios términos.

La sentencia que estamos analizando se plantea el problema relativo a si únicamente pueden descontarse de los salarios de trámite aquellas retribuciones percibidas en otra empresa por parte del empleado que hayan sido alegadas y probadas en el acto del juicio y recogidas en la Sentencia, o si también es posible hacerlo en fase de ejecución de la sentencia firme, optando por la segunda de las conclusiones.

6. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO

A) Prisión preventiva. Causa de suspensión, no de extinción del contrato de trabajo

La STSJ de Galicia de 11 de mayo de 2004, I.L. J 1775, señala que el ingreso en prisión preventiva no es causa de extinción del contrato sino de “suspensión”, como establece el artículo 45.1.g) ET, distinción de gran relieve tratándose de un contrato temporal, toda vez que el empresario procedió a extinguir el referido contrato cinco días antes de su finalización. La sentencia analiza esta situación desde la perspectiva de la posible percepción de la prestación por desempleo, concluyendo que nos encontramos ante un supuesto de extinción de la relación laboral por expiración del tiempo convenido.

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. Art. 52.c) E.T. B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. B) El procedimiento por despido. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria. C) Cuestiones conexas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, números 9 a 12 del año 2004 (marginales I.L. J 1193 a I.L. 1784).

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos

que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La STS de 16 de junio de 2004, I.L. J 1735 (recurso de Casación 38/2003) desestima la existencia de despido, al estimar la extinción del contrato por realización de la obra o servicio determinado. Afirma, entre otros extremos, que los profesores de religión católica tienen derecho a la indemnización prevista en el art. 49.1.c.) del ET cuando concluyen sus contratos de trabajo.

La Sala concluye, en su FJ 5º: “Aceptar la tesis de la sentencia recurrida supone, en buena medida, desconocer nuestra anterior doctrina, pues, si estamos a presencia de una genuina relación laboral, de carácter temporal, que es coincidente con el curso escolar, no puede pasarse por alto que al Ley 50/1998, de 30 de diciembre, añadió un nuevo párrafo a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre (LOGSE), que reza así: “Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, imparten enseñanza de religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régimen de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial”. Quiere esto decir que, siendo la vigencia del contrato coincidente con el curso escolar, finalizado éste se extingue el contrato, a todos los efectos, de suerte que si el interesado es propuesto y nombrado para impartir la enseñanza en el curso siguiente, necesariamente habrá que entender que nace una nueva relación laboral, absolutamente desvinculada de la anterior ya fenecida y, siendo esto así, la aplicación al caso de la regla del artículo 49.1, c) debe ser incondicionada, haciendo a los trabajadores acreedores a la indemnización que reclaman, con independencia de su posible relación futura con la Administración docente; no se produce, como sostiene la sentencia de instancia, una finalización formal del contrato, sino real y verdadera, y tampoco se renueva la extinguida con el nombramiento para futuros cursos escolares. La indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores tiene como finalidad compensar al trabajador del perjuicio que le ocasiona la extinción de su contrato, cuya duración temporal está legalmente autorizada y, en su importe hay que entender comprendida la imposibilidad de percepción alguna en concepto de antigüedad, que tampoco sería procedente en caso de nombramiento para otros cursos escolares”.

De otro lado, la STSJ de Madrid de 15 de junio de 2004, I.L. J 1560 (recurso 1102/2004), niega la existencia de dimisión de un trabajador emigrante que es cesado en la empresa

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

por falta de renovación del permiso de trabajo estando dentro del plazo legal de renovación del mismo. Para la Sala:

“ La Ley Orgánica 8/2000, de 11 de enero, establecía en su art. 36.3: Para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle.”

La STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de abril de 2004 I.L. J 1349, (recurso 397/2004), razona cómo para que pueda considerarse existente la dimisión de una trabajador es necesaria una actuación clara que demuestre el propósito de dar por terminado el contrato, y declara su inexistencia en el supuesto de abandono del trabajador, consistente en una conducta de omisión de acudir al puesto de trabajo durante varios días consecutivos, por un despido previo. Justifica el fallo en que:

“La inexistencia más o menos prolongada no es algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión, sino que, y este sería el resultado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante que el empleado desea terminar el contrato. Es evidente que en el presente supuesto en que las mismas se basan precisamente en la afirmación, aceptada por la sentencia de la instancia, de un despido previo, no pueden ser expresivas de un abandono unilateral del trabajador... dado que la situación de suspensión procede de una situación legal de obligado cumplimiento para el trabajador.”

En sentido análogo, las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de julio de 2004, y STSJ de Galicia de 10 de mayo de 2004, I.L. J 1440 y 1774 (recursos 377/2004 y 851/2004), respectivamente, niegan la existencia de despido ante la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Para que ésta opere como causa de extinción del contrato es necesario, que la misma cause perjuicios al trabajador, inexistiendo presunción *iuris tantum* de perjuicios cuando éstos no han sido probados. Razonan las Salas:

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

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Al incumplimiento contractual consistente en la **desobediencia a una orden de la empresa**, como causa de despido disciplinario [art. 54.2.a) ET] se refiere la **STSJ de Madrid de 29 de junio de 2004**, I.L. J 1727 (recurso 1842/2004). Resuelve sobre el despido de una trabajadora embarazada que, pese a su estado y su conocimiento por el empresario, incumple de forma grave y culpable el contenido de su contrato de trabajo. La sala declara la procedencia del despido disciplinario efectuado, frente a la sentencia de instancia que lo declaró improcedente.

La Sala de lo Social del TSJ de Extremadura, en su F.J.2º, expone que el trabajador está en la obligación de cumplir la orden y después formular la reclamación procedente: “El trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que, ante una orden emanada de la empresa, lo primero es cumplirla, salvo que la misma pueda comportar riesgos inminentes para el operario, pudiendo éste, tras ejecutar lo mandado, formular la reclamación que procediera y, por eso, el Tribunal Supremo ha declarado, por ejemplo, en SS de 8-7-1986 y 25-6-1987, entre otras, que la desobediencia determina el despido cuando se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario, dada en base al poder directivo que le reconoce el art. 5.c) ET, pues no constituyendo el cumplimiento de lo obligado riesgo de un perjuicio grave e irreparable para el trabajador, viene obligado a efectuar el trabajo, pudiendo aducir con posterioridad las razones que tuviere, con objeto de que la situación no pueda repetirse caso de que la orden no sea ajustada a derecho o bien para la indemnización de los perjuicios causados”.

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. Art. 52.c) ET

La causa del despido económico o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [art. 52.c) E.T.] es objeto de análisis en la **STSJ de Navarra de 28 de julio de 2004**, I.L. J 1584 (recurso 239/2004). Frente a la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora por causas objetivas, la Sala declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo, debido a la importante disminución de la jornada por absentismo laboral, que impide el buen funcionamiento de la empresa. Para ello, la sala, en su F.J. único, razona:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el art. 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo...De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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.”

Asimismo, las **SSTSJ de Aragón de 14 de julio de 2004** y **STSJ de Galicia de 19 de enero de 2004** I.L. J 1539 y 1772 (recursos 637/2004 y 5977/2003), respectivamente, al fallar la improcedencia de una extinción contractual, argumentan cómo para fundamentar el despido es necesario que la crisis económica sea grave, profunda e irreversible. No basta que sea coyuntural o transitoria. El empresario debe acreditar que la extinción ayuda a la superación de la situación negativa, siempre y cuando, el cierre de una sección deficitaria contribuya a asegurar los puestos de trabajo del resto de los empleados de la empresa. Las Salas en sus respectivos FF.JJ. razonan:

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

La **STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2004**, I.L. J 1772 (recurso 1205/2004), revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador por la reincidencia de faltas de asistencia al trabajo. El argumento de la Sala es el siguiente:

“El juez ha de realizar un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas (art. 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 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 art. 58 del ET, corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada.”

Por el contrario, la **STSJ de Asturias de 7 de mayo de 2004**, I.L. J 1563 (recurso 3234/2004), declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas del trabajador demandante, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de su contrato. Para ello, en su F.J. 1º, razona que el empleado no fue contratado para la actividad que fue suprimida, ni se dedicaban a ella, sino que realizaban tareas ordinarias que continúan desarrollándose y sin que en esa actividad exista necesidad alguna de amortizar puestos de trabajo.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA.

La STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2004, I.L. J 1554 (recurso 512/2004), declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador que prestaba servicios durante el periodo de vacaciones, al transgredir éste la buena fe contractual, y analiza esta causa en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador. La Sala argumenta:

“Así las cosas, la concepción del tiempo libre del trabajador, no como tal, sino como un tiempo de descanso a disponibilidad del empresario, y de la sumisión del deber de trabajo y rendimiento no sólo a una comprobación objetiva durante el cumplimiento de la prestación, sino también durante el tiempo de descanso, de las que parten las Sentencias impugnadas para declarar la procedencia del despido por realizar trabajos para otra empresa durante el periodo vacacional, no resulta en modo alguno acorde con la configuración actual del derecho a vacaciones anuales retribuidas en nuestro ordenamiento jurídico laboral, ni, lo que es más importante aún, con la primacía de la libertad de la persona y el respeto a su vida privada que la Constitución garantiza. Una concepción del derecho del trabajador a las vacaciones retribuidas como la mantenida en las resoluciones judiciales impugnadas equivale a desconocer la dignidad personal del trabajador, entendida ésta como el derecho de todas las personas a un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, la capacidad de ‘autodeterminación consciente y responsable de la propia vida’ (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8), así como el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE). Recordemos una vez más que ‘la regla del art. 10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona’ [SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4, y 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3 a)].

La STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2004, I.L. J 1510 (recurso 120/2004). Revoca la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia de la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora demandante basada en la disminución importante de la jornada por absentismo laboral que impide el buen funcionamiento de la empresa. Para ello, la sala, en su F.J. 2º, razona:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el art.52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo...De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendi-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

dos 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.”

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de distintos despidos disciplinarios fundados en ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [art. 54.1.c) ET]. Entre ellas, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2004**, I.L. J 1357 (recurso 770/2004) confirma la declaración de procedencia del despido de un trabajador que profiere ofensas escritas a su empresario en un lugar público. Para la Sala es un hecho probado la conducta llevada a cabo por el trabajador, alegado en la carta de despido es suficiente, por su gravedad para motivar el despido. Para la Sala:

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

Igualmente, la **STSJ de Castilla y León de 26 de julio de 2004**, I.L. J 1445 (recurso 1436/2004), revoca la sentencia de instancia estimando la procedencia y no la nulidad del despido de un trabajador ante la inexistencia de vulneración del derecho a la indemnidad del mismo, debido a que su actuación, basada en trabajar para sí mismo retribuidamente y utilizando material de la empresa, transgrede la buena fe contractual.

La **STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004**, I.L. J 1556 (recurso 429/2004), aprecia, asimismo, la existencia de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador “Alto Directivo”, cuyas actuaciones se traducen en la constitución y gestión de una “caja negra”. Para la Sala “el cargo de quien acciona le obliga a desplegar un grado de diligencia y de atención muy superior al de quienes quedan a él subordinados, respecto de los cuales ha de poner un exquisito cuidado, a fin de, contrastar, al menos cada cierto tiempo, que despliegan esa lealtad que con mayor razón es exigible al inmediato colaborador”.

De otro lado, la **STSJ de Cantabria de 26 de agosto de 2004**, I.L. J 1523 (recurso 840/2004), falla la procedencia del despido disciplinario de un trabajador, basado también en la transgresión de la buena fe contractual, por utilizar de forma privada inadecuada y excesiva, el correo electrónico de un ordenador de la empresa en horario laboral con desatención a los clientes. Para la Sala:

“La medida es necesaria por cuanto es el único medio que la empresa tiene no de restringir el uso, que tolera dentro de ciertos límites, sino el abuso, siendo evidente que notificar al

trabajador cuando se va a realizar la inspección conllevaría la destrucción y desaparición de la prueba, y por tanto de todo vestigio de una conducta irregular.”

Finalmente, la **STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1453 (recurso 1472/2004), declara la procedencia de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, debido a la pérdida de la mercancía 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 F.J. único, alega:

“Deben entenderse que han quedado constatadas las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa, a las que alude el art. 52.c) ET como requisito de aplicación de la figura del despido objetivo...De modo que como se ha señalado también con reiteración, el ámbito del control judicial sobre la decisión empresarial extintiva basada en alguna de las causas mencionadas, debe ir dirigido a determinar la razonabilidad de la medida adoptada, es decir, que el juez deberá llegar a la convicción de que las medidas empresariales adoptadas son, razonablemente interpretadas, necesarias para la consecución de los fines pretendidos por el empresario. Y en el presente supuesto la medida adoptada no puede calificarse de irrazonable o arbitraria pues la decisión de amortizar el único puesto de trabajo que la 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.”

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2004**, I.L. J 1356, (recurso 1036/2004), estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, en el supuesto en que el mismo continúa desempeñado sus funciones laborales a pesar de estar incurso en un proceso de Incapacidad Temporal. La Sala argumenta, aplicando la teoría de la proporcionalidad, que la falta cometida no está revestida de la gravedad ni culpabilidad suficientes como para ser constitutiva de despido.

“La gradual proporcionalidad con que esencialmente han de dosificarse las sanciones de todo orden, impide ratificar la procedencia de la adoptada en este caso, pues tratándose de la más grave entre las que la ley prevé para corregir el incumplimiento del contrato laboral por parte del trabajador, resulta exigible la correlativa máxima gravedad en la infracción, que, además de ser típica y culpable, debe presentar esa extrema entidad objetiva, para justificar la extrema intensidad en la corrección.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

En sentido análogo, la **STSJ Castilla y León (Valladolid) de 29 de julio de 2004** I.L. J 1450 (recurso 1601/2004), al fallar la improcedencia del despido efectuado a un trabajador cuya actuación indisciplinada no afecta a la confianza de los clientes de la empresa, analiza el requisito de gravedad contenido en el art.54.2 ET. La Sala determina que la actuación del trabajador no está revestida de la gravedad suficiente contenida en el art. 54.2.b) del ET como para ser merecedora un despido disciplinario, basado en la indisciplinada o desobediencia en el trabajo.

En sentido análogo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de abril de 2004**, I.L. J 1349 (recurso 397/2004) enjuicia un supuesto de incapacidad temporal iniciada después de la fecha del despido que es declarado improcedente. La empresa optó por la indemnización y la relación laboral se extinguió con el despido, por lo que no cabe exigir al empresario el abono de las prestaciones económicas de incapacidad temporal. Según la Sala:

“El despido extingue el contrato laboral como acto propio y efectivamente la declaración de improcedencia puede suponer la rehabilitación, pero ésta no siempre se produce, pues para que haya plena rehabilitación es preciso que se produzca la readmisión, ya que si el empresario opta por la indemnización en ningún momento se ha reanudado la relación laboral.”

Asimismo, la **STSJ de Asturias de 18 de junio de 2004**, I.L. J 1570 (recurso 1820/2003) desestima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador cuya conducta, basada en responder de forma airada o realizar comentarios descalificativos a un compañero de trabajo, carece de la gravedad suficiente para ser sancionados con el despido: Según la Sala:

“De acuerdo con lo dispuesto en el art. 54.2 del ET, las infracciones a que se refiere dicho precepto deben, en todo caso, alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, para constituirse en causa de despido. El motivo debe prosperar, y con ello el recurso, dado que la conducta que se imputa al actor, tal y como resulta acreditada en el hecho probado tercero de la Sentencia de instancia, no tiene la entidad y gravedad suficiente para constituir una falta muy grave sancionable con el despido, por cuanto las expresiones proferidas y la aptitud observada en todo momento, no pueden ser tipificadas ni de insultos o amenazas y mucho menos de coacciones o agresiones, tal como se contempla en el art. 54.2.c) del ET.”

La **STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2004**, I.L. J 1511 (recurso 155/2004), declara la improcedencia del despido efectuado a un trabajador, contratado por obra o servicio determinado, ante la inexistencia de identificación de la obra o servicio, cuando, además, las funciones de la actora no tenían autonomía dentro de la actividad de la empresa. La Sala se manifiesta en los siguientes términos:

“La doctrina jurisprudencial (de esta sala sentencia de 25 de abril de 2002, recogiendo la precedente sentada por el Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 1999 y más recientemente 22 de abril de 2002), establece reiteradamente que sólo puede accederse por el empresario a la modalidad de contratación temporal denominada contrato de obra o ser-

vicio determinado, cuando a tenor de lo establecido en el art. 15.1 del ET, la actividad a realizar por el trabajador en la empresa consista en la ejecución de una obra perfectamente identificada y determinada desde su origen, y que necesariamente tiene una duración limitada en el tiempo, y responde además a necesidades autónomas y no permanente de la producción de la empresa contratante.”

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

Las SSTS de 12 de julio de 2004, I.L. J 1414, (recurso de casación para Unificación de Doctrina 4646/2002), y STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2004, I.L. J 1356 (recurso 1036/2004) desestiman la nulidad del despido efectuado por causas objetivas al trabajador, cuando tras superar un periodo de incapacidad temporal se reincorpora a su puesto de trabajo, pues “la enfermedad no es un supuesto discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 de la Constitución Española, y por consiguiente no puede reputarse como trato discriminatorio, el hecho que se despidiera al amparo de causas objetivas a la trabajadora transcurridos siete días de la reincorporación a su puesto de trabajo tras un corto periodo de incapacidad temporal”.

De igual modo, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de junio de 2004, I.L. J 1454 (recurso 1464/2004) analiza la nulidad del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal. Afirma que el contrato de interinidad se termina cuando se incorpora la persona objeto de sustitución y no por la baja en la empresa de persona distinta a la sustituida. Para la Sala:

“La comunicación de despido que se le hace a la trabajadora demandante es debido a que es también baja en la empresa otra distinta trabajadora, que no es la que era titular del puesto que ocupaba interinamente (hecho probado tercero). Luego no era viable pretender, con apoyo en tal circunstancia, la terminación de la vinculación interina existente con la demandante, tal y como acertadamente entendió la Sentencia recurrida. Puesto que el contrato de tal naturaleza, solamente se termina cuando se reincorpora quien es objeto de la sustitución [art.4.2.b) Real Decreto 18-12-98]”.

De otro lado, las SSTSJ de Extremadura de 30 de julio de 2004 y STSJ de Aragón de 14 de julio de 2004 I.L. J 1550 y 1538, (recursos 441/2004 y 651/2004), respectivamente, revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos en un supuesto de inexistencia de vulneración del derecho a la indemnidad de los trabajadores. En el primero de los casos analizados, la Sala desestima la nulidad del despido efectuado ante la ausencia de indicios de móvil discriminatorio que indique una vulneración del derecho a la indemnidad del trabajador afectado, declarando el despido procedente por trasgresión de la buena fe contractual. En el segundo supuesto, desestima la existencia vulneración del derecho a la indemnidad del trabajador debido a que la sanción y el despido posterior

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

están referidos a hechos diferentes. En definitiva, ambas Salas desestiman la nulidad del despido ante la falta de indicios que debieron aportar los demandantes, demostrativos de un trato discriminatorio.

Por lo demás, numerosas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos. Entre otras, la STSJ de Asturias de 30 de julio de 2004, I.L. J 1582, (recurso 1353/2004), desestima la existencia de nulidad de un despido fallando su improcedencia ante la inexistencia de indicios, de vulneración de derecho fundamental, ni trato discriminatorio de la trabajadora afectada.

M.^a CARMEN ORTIZ LALLANA

BEGOÑA SESMA BASTIDA

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

Sumario:

1. Libertad sindical. A) Contenido de la libertad sindical. B) Secciones y delegados sindicales. C) Proceso de tutela de la libertad sindical. D) Legitimación procesal en la defensa de intereses colectivos. **2. Representación unitaria de los trabajadores.**

A) Garantías de los representantes. B) Mandato. Pérdida de la condición de representante. C) El Comité de Empresa Europeo. D) Participación en órganos de segundo grado.

3. Conflictos colectivos. A) Competencia territorial para el conocimiento del conflicto. B) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo. C) Efectos de la sentencia.

4. El derecho de huelga. Eficacia de los acuerdos entre el comité de huelga y la empresa.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido de la libertad sindical

Como se sabe, el derecho de libertad sindical tiene un contenido complejo —esencial y adicional—, en el que se integra el derecho a la negociación colectiva en condiciones de igualdad (contenido esencial). Así se advierte en la **STS de 16 de julio de 2004**, I.L. J 1203, que trae su causa en un litigio planteado con ocasión de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas. En concreto, en aquella ocasión se había negociado un convenio colectivo estatutario en el que se incluían reglas sobre el uso de la contratación temporal en la Administración del Principado de Asturias, paralelamente la Administración y los sindicatos iniciaron la negociación de un Protocolo de regulación de las bolsas de auxiliares de enfermería. El sindicato demandante (USIPA) tomó parte, sin que nadie cuestionase su legitimación, en la negociación de dicho Protocolo, pero se negó a su firma al prever el mismo la constitución de una Comisión de Seguimiento —del Protocolo— integrada sólo por los sindicatos que habían negociado el convenio. Su firma, obviamente, hubiese supuesto la autoexclusión de esa Comisión del sindicato demandante, razón por la que pide que se declare lesivo de su libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva, ese concreto punto del Protocolo.

La primera cuestión que debe analizarse en este asunto es si esa Comisión es un órgano “derivado” del convenio colectivo, en cuyo caso tendría sentido la exclusión señalada –probablemente también la exclusión de la negociación del Protocolo–. No cabe ninguna duda de que USIPA no podía formar parte de una Comisión Mixta o de Seguimiento del Convenio porque no había sido parte firmante del mismo, tal y como reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional y el propio Tribunal Supremo, pero la Comisión de Seguimiento del Protocolo a que se refiere este litigio no era exactamente una comisión de este tipo. El Convenio preveía que por Acuerdo entre la Administración y la representación del personal se estableciesen procedimientos y normas para la contratación temporal, previsión de la que trajo su causa el Protocolo. Ahora bien, la fórmula convencional era tan amplia o abierta que la redacción de dicho Protocolo no podía considerarse un mero acto de administración o interpretación de lo pactado.

Ese Protocolo era un texto con normas de procedimiento y criterios de selección que rebasaban la fórmula convencional hasta convertirse en un cuerpo normativo con sustantividad propia, en el que se regulaban derechos y obligaciones de los trabajadores que el Convenio no abordaba, lo que explicaba que en su elaboración tomaran parte otros sindicatos suficientemente implantados en ese ámbito, como USIPA. Precisamente por ello, no resultaba razonable que el acceso a la Comisión de Seguimiento del Protocolo quedase restringido a los sindicatos negociadores del convenio, con la consiguiente exclusión de quienes, habiendo negociado el Protocolo, no hubiesen firmado el convenio inicial. Circunstancia esta que el Tribunal considera efectivamente lesiva del derecho del sindicato a la negociación colectiva en condiciones de igualdad, aunque ello, como se verá, no se tradujo, sin embargo, en este caso, en el reconocimiento de una indemnización reparadora del daño supuestamente causado.

No debe, por el contrario, considerarse lesiva de la libertad sindical, en su vertiente de negociación colectiva, la exclusión de un sindicato de una comisión de estudio y análisis resultado de una previsión convencional, como se señala en la **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 1422. La disposición convencional litigiosa ordenaba que “durante la vigencia del XV Convenio Colectivo” se creará “una comisión” formada por “representantes de la dirección y de los sindicatos firmantes del citado convenio colectivo” para el “estudio y análisis” de las regulaciones colectivas de ciertos grupos del personal “que ambas partes entiendan que deben adaptarse a una nueva realidad productiva”. El convenio añadía que los resultados del trabajo de la comisión serían en su caso ratificados por la comisión negociadora para su inclusión en el XV convenio colectivo. En la línea de lo expuesto, se advierte en la **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 1422, que la exclusión del sindicato demandante de esa comisión no supuso un atentado contra su libertad sindical, en la medida en que la misma era en principio un grupo de trabajo que se limitaba a preparar el terreno para una futura negociación colectiva, que habría de desarrollarse en el seno de una comisión negociadora, a la que sí tendría derecho a acceder el sindicato demandante si tenía legitimación para ello, cuando se iniciasen las negociaciones del siguiente convenio. Aclara, en este sentido, el Tribunal que la negociación colectiva no es una relación que pueda formalizarse hasta el extremo de que todos los momentos y

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

actos de preparación de posibles acuerdos hayan de ser compartidos por todos los futuros sujetos negociadores.

También a la negociación colectiva como componente de la libertad sindical se refiere la **STS de 16 de septiembre de 2004**, I.L. J 1474, si bien en esta ocasión a propósito de la negociación colectiva de empresa llevada a cabo directamente por los sindicatos. Aunque la SAN de 23 de mayo de 2003, I.L. J 1734, había anulado un convenio colectivo por entender que éste había sido negociado al margen de los órganos de representación sindical de la empresa, al haberse suscrito directamente por una organización sindical, la resolución que ahora se comenta considera parte de la libertad sindical el derecho de los sindicatos a negociar directamente convenios de empresa. Téngase en cuenta, en este sentido, que si bien la Audiencia Nacional había señalado en su día que el sindicato no podía arrogarse una representación a efectos de negociación colectiva de ámbito de empresa, pues legalmente la legitimación sólo corresponde en este ámbito a las representaciones unitarias o en su caso sindicales de los trabajadores, lo que hace el Tribunal Supremo en esta resolución no es permitir al sindicato que asuma esas competencias contra la voluntad de la sección sindical correspondiente, sino considerar que, en ejercicio de su derecho de autoorganización, el sindicato puede ocuparse de esta función cuando no hay discrepancia en este punto con la sección correspondiente. Sostiene el Tribunal que “en principio, la negociación directa por el sindicato, o indirecta a través de sus secciones, es un problema de régimen interno o de oportunidad, pues no sería lógico obligar a que el derecho a la negociación colectiva tenga que ejercitarse de forma compleja a través de numerosas secciones sindicales en lugar de instrumentarlo a través del sindicato. De ahí que el problema de delimitar la legitimación entre secciones y sindicato podría surgir cuando existiera un conflicto entre éstos sobre su intervención en la negociación colectiva, pero no cuando no existe discrepancia en este punto y cuando además la actuación del sindicato facilita la negociación en el plano instrumental, al eliminar el coste de la actuación conjunta de las secciones”.

Por lo demás, el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva no alcanza a la consecución efectiva de acuerdos. Así se advierte en la **STS de 7 de octubre de 2004**, I.L. J 1645, en un asunto en el que se trataba de la negociación de un convenio franja de pilotos por parte de un sindicato con implantación en la empresa. Sostiene el Tribunal que no puede entenderse lesionada la libertad sindical de ese sindicato, en su vertiente de negociación colectiva, con la formalización por la empresa de acuerdos individuales con los pilotos aunque estuviese abierta la negociación del convenio franja porque no se había conseguido llegar a un acuerdo con él durante el extenso lapso de tiempo que el proceso de negociación había permanecido abierto. Esos acuerdos individuales no merecen la consideración de uso ilegal o torticero de la contratación para eludir la negociación colectiva porque ésta permanece abierta, aunque sin resultados tangibles. Y es que el derecho a la negociación colectiva, como componente de la libertad sindical, no supone, como concluye el Tribunal, llegar efectivamente a suscribir un convenio.

También se integra en el contenido (adicional) de la vertiente colectiva de la libertad sindical el derecho de las organizaciones sindicales a convocar elecciones, pudiendo cualquier impedimento u obstaculización al sindicato o a sus miembros de participar en el proceso electoral suponer una violación de este derecho fundamental. A tenor de lo

dispuesto en la **STC de 18 de octubre de 2004**, I.L. J 1592 —que continúa en este punto la jurisprudencia precedente (SSTC 36/2004, de 8 de marzo, 62/2004, 64/2004, y 66/2004, todas de 19 de abril, y 103/2004, de 2 de junio, entre otras)—, este derecho alcanza también a la promoción directa de procesos electorales en empresas de entre seis y diez trabajadores. Los arts. 6.3.e) LOLS y 67.1 ET reconocen a los sindicatos más representativos capacidad para promover elecciones a delegados de personal, sin que aparezca excepción o salvedad expresa en relación con las empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores; por su parte, el art. 62.1 ET exige en este último caso, para la existencia de delegado de personal, que así lo decidan los trabajadores por mayoría. La armonización de estos preceptos, según se recuerda en esta sentencia, pasa por entender que la promoción de las elecciones por parte de los sindicatos más representativos exigirá siempre la decisión de los trabajadores, si bien ésta, desde la perspectiva formal, no está sujeta a formalidades específicas, pudiendo ser expresa o tácita, y previa o posterior a la promoción. Así, en este caso concreto, se presumió la existencia del acuerdo mayoritario porque de los seis trabajadores de la empresa participaron en la votación cinco, todos dando su apoyo a la candidata presentada.

B) Secciones y delegados sindicales

Las secciones sindicales tienen reconocido el derecho a la negociación colectiva de empresa o ámbito inferior. El ejercicio de este derecho cuando haya discrepancias internas en el sindicato sólo podrá ser verificado, como en su día se señalara en SAN de 23 de mayo de 2003, I.L. J 1734, por las secciones, sin que pueda el sindicato usurparles esta facultad. Ahora bien, cuando esta discrepancia no acontece, el sindicato puede negociar un convenio de empresa, siempre que cuente con la legitimación necesaria en términos de representatividad, porque la atribución que en el art. 8.2º LOLS se hace de este derecho a las secciones sindicales no puede ser entendida en el sentido de exclusión directa del sindicato. Así se advierte en la **STS de 16 de septiembre de 2004**, I.L. J 1474.

Por lo demás, las secciones sindicales se consideran “instancias organizativas internas del Sindicato” y “representaciones externas a las que la Ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas”, dualidad y proyección interna y externa que, según se advierte en la **STSJ de Madrid de 10 mayo de 2004**, I.L. J 1506, comparten también los delegados sindicales, que son una instancia organizativa interna del sindicato, y a la vez pueden ser representantes externos de la sección sindical dotados por la ley de determinadas facultades, que generan, a su vez, cargas y costes para la empresa. La elección o designación de representantes o delegados resulta del ejercicio de la libertad interna de autoorganización del sindicato. Precisamente por ello, como se señala en esta sentencia, no resulta lesiva del derecho fundamental la decisión de la sección sindical de cesar al delegado en su cargo si media disconformidad con la forma en que ha estado llevando a cabo las tareas representativas, y esa decisión es debidamente corroborada por los afiliados. Entiende el Tribunal que la pérdida de confianza en su labor representativa es razón suficiente para acordar su sustitución por otra persona, especialmente si se tiene en cuenta que en el caso

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de esta sentencia el delegado formaba parte de la comisión negociadora del convenio que se estaba negociando en la empresa. Nótese, en este sentido, que con ello parece aclarar, indirectamente, el Tribunal que la garantía que funciona para los representantes unitarios por la que se impide la revocación de su mandato durante la negociación de un convenio (cuando forman parte de la comisión negociadora del mismo) no alcanza a los delegados sindicales, probablemente porque la protección de la negociación colectiva queda suficientemente salvada en el caso de los delegados mediante su sustitución por otro afiliado, previsiblemente más ágil que la de un representante unitario.

C) Proceso de tutela de la libertad sindical

Como es sobradamente conocido, el proceso especial de tutela de la libertad sindical es, no sólo una modalidad especial, sino un procedimiento excepcional, opcional y de cognición limitada. En él el juez sólo puede conocer de las presuntas lesiones de alguno de los derechos que conforman el complejo contenido de la libertad sindical, por lo que no hay posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza, o con idéntica pretensión, pero basadas en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental correspondiente. Así se recuerda en la **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 1422 y en la **STSJ de Castilla y León de 29 de julio de 2004**, I.L. J 1448.

En este proceso especial funciona una regla muy particular de inversión parcial o relativa de la carga probatoria, que, como se sabe, consiste básicamente en imponer al demandado la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de los derechos fundamentales. Como se ha dicho en repetidas ocasiones, y se recuerda ahora en la **STC de 2 de noviembre de 2004**, I.L. J 1598, no se le impone la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito contrario al ejercicio del derecho. Ahora bien, para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi* no basta con que el actor tilde de discriminatoria la decisión impugnada, es preciso que acredite la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato. Este principio de prueba se entiende cumplimentado en el proceso del que trae causa la citada sentencia, en el que se consideraba cercenada la garantía de indemnidad de los representantes, como consecuencia de la decisión empresarial de cambio de puesto, aprovechando la reestructuración organizativa motivada por un expediente de regulación de empleo, y a resultas de la cual aquellos representantes pasaban a ocupar un puesto en el que estaban alejados del resto de trabajadores, y en el que cumplían funciones meramente formales, vacías de contenido, cuando hasta ese momento habían venido realizando funciones de mando en la empresa. El Tribunal cree que este panorama es lo suficientemente hostil como para invertir la carga probatoria, sin que la empresa, en ese caso, demostrase que existía una razón que justificara el cambio de puesto.

No se consideran, por el contrario, suficientes para proceder a esta inversión de la carga probatoria los datos presentados en el asunto de la **STSJ de Madrid de 30 de abril de 2004**, I.L. J 1505, en el que un representante de los trabajadores pretendía que se con-

siderase lesiva de su libertad sindical la decisión empresarial de confeccionar un *ranking* retributivo que hacía que él dejase de percibir un incentivo que venía hasta el momento lucrando. Entendía el representante que era indicio bastante para la inversión de la referida carga de la prueba el hecho de que fuese él el único trabajador de su oficina que dejaba de percibir el incentivo. Elemento que el Tribunal no consideró indicio suficiente, en tanto que el trabajador no impugnaba su ubicación en el *ranking*, y la aplicación del mismo era automática, se efectuaba de forma informatizada, sin que interviniesen criterios personales o subjetivos, y de su aplicación resultaba que sólo tres de los dieciséis representantes de los trabajadores perdían el incentivo litigioso.

Tampoco basta para la inversión de la carga probatoria, en el asunto del que se ocupa la **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 2004**, I.L. J 1352, la alegación por el interesado de haber sido despedido por presentarse a las elecciones sindicales, cuando quedó probada la temporalidad del contrato, y que la extinción coincidió con el vencimiento del plazo de duración del vínculo.

Por lo demás, la sentencia que pone fin a este proceso especial tiene que incluir un pronunciamiento sobre si se ha producido o no lesión del derecho fundamental, y si procede el reconocimiento de indemnización. Nótese, como se recuerda en la **STS de 16 de julio de 2004**, I.L. J 1203, que no basta con que quede acreditada la lesión del derecho fundamental para que el juzgador tenga que condenar automáticamente al pago de una indemnización. Para poder adoptar dicha condena es necesario que el demandante alegue adecuadamente las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, y que justifique suficientemente su procedencia (dando las pertinentes razones que la avalen y respalden), acreditando indicios o puntos de apoyo bastantes en los que se pueda asentar una condena indemnizatoria.

D) Legitimación procesal en la defensa de intereses colectivos

En las **SSTC de 12 de julio de 2004**, I.L. J 1306, y **de 13 de septiembre de 2004**, I.L. J 1380, y **STS de 21 de septiembre de 2004**, I.L. J 1703, se recuerda la doctrina judicial relativa a la legitimación procesal de los sindicatos en el orden contencioso-administrativo, contenida entre otras en **SSTC 84/2001**, de 26 de marzo, **101/1996**, de 11 de junio, **7/2001**, de 15 de enero, y **24/2001**, de 29 de enero, en las que se concreta cuándo concurre un interés legítimo, y, por ende, legitimación activa de los sindicatos para recurrir en vía contencioso-administrativa, cuestión esta que, por cierto, es, en principio, de legalidad ordinaria, si bien cuando esta legitimación se niega impidiendo sin más el acceso a los tribunales de los sindicatos se puede producir una lesión de su libertad sindical al cercenarles el derecho a la tutela judicial efectiva.

En todo caso, conviene recordar que es preciso partir, en primer lugar, de un reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo decisiones que afecten a los

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario, por corresponderles una función genérica de representación y defensa de los intereses de aquellos que no descansa sólo en el vínculo de la afiliación. Ahora bien, para que el sindicato pueda intervenir en cada proceso concreto es preciso que disfrute de *legitimatio ad causam*, legitimación que ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico; interés que ha de entenderse, a su vez, referido a “un interés en sentido propio, cualificado o específico”. Este interés se identifica con la obtención de un beneficio, o la desaparición de un perjuicio, en el supuesto de que prospere la acción intentada, revista o no contenido patrimonial la petición articulada.

Se ha entendido que concurría este interés, por ejemplo, en el asunto de la **STC de 12 de julio de 2004**, I.L. J 1306, para impugnar cuatro concursos de asistencia técnica convocados por la Tesorería General de la Seguridad Social para la realización de labores informáticas en diferentes órganos de la misma, por el interés de los empleados públicos en que los servicios de apoyo informático que pretendían externalizarse con esas resoluciones fuesen realizados por empleados públicos. Ello se traduce en un interés específico en razón a la ventaja o utilidad que obtendría el sindicato recurrente en caso de prosperar el recurso contencioso-administrativo, que sería extensible a todos y cada uno de sus afiliados, así como, en general, al personal de la Tesorería. Por su parte, en la **STC de 13 de septiembre de 2004**, I.L. J 1380, se reconoce legitimación al sindicato para impugnar un Decreto de la Presidencia de la Diputación Provincial de Zaragoza alegando que, a pesar de que modificaban de forma sustancial las condiciones de trabajo del personal del Servicio de Urgencias del Hospital, se había dictado sin la previa negociación, sin la audiencia de la Junta de Personal y, en último término, sin la consulta prevista en los arts. 32.k), 9.4.a) y 34.2 de la Ley 9/1987. El Tribunal sostiene que lo que el sindicato estaba defendiendo ante la jurisdicción contencioso-administrativa era el derecho a la negociación en la adopción de la medida que se impugnaba, al considerarse interlocutor necesario y obligatorio, y que ello bastaba para reconocerle legitimación, aun cuando las decisiones de las Administraciones públicas que afectan a sus potestades de organización queden excluidas de la obligatoriedad de la negociación colectiva en el sistema regulado por la Ley 9/1987, habida cuenta que esa exclusión no significa que no tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo y por tanto que sea una cuestión ajena al ámbito de la actividad sindical.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Garantías de los representantes

En la **STC de 2 de noviembre de 2004**, I.L. J 1598, es reiterada la doctrina constitucional que sostiene que dentro del contenido del derecho de libertad sindical se encuadra también el derecho del trabajador a no sufrir menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa por razón de su afiliación o actividad sindical, lo que constituye una “garantía de indemnidad”, que veda cualquier diferencia de trato por las aludidas razones, tanto para el trabajador como para los representantes, en relación con el resto de los trabajadores (se contiene esta doctrina, entre otras, en SSTC 197/1990, de 20 de

noviembre, 87/1998, de 21 de abril, 191/1998, de 29 de septiembre, 30/2000, de 31 de enero, 111/2003, de 16 de junio, y 79/2004, de 5 de mayo).

Otra de las garantías que el art. 68 ET [apartado e)] reconoce a los miembros de Comités de empresa es disponer de un crédito de horas mensuales retribuidas, pudiendo preverse mediante convenio colectivo la acumulación de esas horas, cuestión que se plantea en la **STSJ de Cantabria de 22 de septiembre de 2004**, I.L. J 1526. Lógicamente, el disfrute de la acumulación comentada está condicionado al cumplimiento de dos requisitos: que esté pactada en convenio colectivo la posibilidad de realizarla y que se otorgue a favor de componentes del comité. En este sentido, en el convenio del asunto de la citada sentencia se decía que la “acumulación debe ser personal y no se admitirá ninguna acumulación que no vaya hecha en estos términos y siempre con la ‘autorización’ del Director de Personal”. La cuestión litigiosa en ese caso era si el ejercicio de dicho derecho estaba sometido a un mero control por la empleadora o si era un derecho disponible para la empresa en función de las necesidades del servicio. Cuestión que resuelve el Tribunal sosteniendo que la autorización a la que aludía la norma únicamente permitía a la empresa rechazar la acumulación cuando no se cumplían los presupuestos formales exigidos o cuando no se hiciese un uso ordenado de la cesión, no cuando la empresa estimase que su utilización era contraria a sus intereses organizativos o económicos.

B) Mandato. Pérdida de la condición de representante

Aunque con carácter general la jurisprudencia tiene declarado que el cambio de afiliación sindical no conlleva necesariamente la pérdida de la condición de representante, en tanto que éste es un cargo personal, conviene advertir que en la **STSJ de Castilla y León de 29 de julio de 2004**, I.L. J 1448, se aclara que el sindicato puede imponer un compromiso con las siglas que tenga efectos sobre el mandato. Así había ocurrido ese supuesto litigioso, habida cuenta que en una reunión de la sección sindical se había acordado firmar una dimisión sin fecha para evitar malos entendidos y reafirmar el compromiso con el sindicato, convirtiéndose desde ese momento en causa de extinción del mandato, aceptada por la mayoría absoluta de los representantes del sindicato en la citada reunión, la pérdida de la afiliación sindical al considerar ésta determinante de su elección. Este tipo de acuerdos no atenta, según el Tribunal, contra la libertad sindical de los representantes, al no afectar a la libertad de pertenecer o no a un determinado sindicato o de afiliarse a otro, simplemente con ellos se da especial relevancia a un factor clave en su elección, como es la adscripción a un determinado sindicato. Esta doctrina, que el TS en sentencia de 26 de diciembre de 1989 había elaborado para los acuerdos adoptados en este sentido en el seno de los órganos de representación unitaria, se proclama en esta resolución de plena aplicación a los acuerdos internos de las secciones sindicales.

C) El Comité de Empresa Europeo

En la **STJCE de 15 de julio de 2004**, I.L. J 1305, asunto C-349/01, vuelve a valorarse, en similar sentido a como ya se hiciera en la **STJCE de 13 de enero de 2004**, I.L. J 194,

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

el alcance de los arts. 4 y 11 de la Directiva 94/45/CE, respecto de la responsabilidad a la hora de proporcionar la información necesaria para la puesta en marcha de los mecanismos de participación previstos en esta norma (comité de empresa europeo o procedimiento alternativo de información y consulta). La sentencia parte de que incumbe a la dirección central –real o presunta– establecer las condiciones y los medios necesarios para ello, y de que esta responsabilidad incluye la obligación de proporcionar a los representantes de los trabajadores la información imprescindible para el inicio de negociaciones con este fin (tal como se señalaba en la STJCE de 13 de enero de 2004, I.L. J 194). Si bien, en esta resolución se añade que la dirección central, o la dirección central presunta, también están obligadas, en virtud de la Directiva, a proporcionar esta información para la constitución de un comité en una empresa controlada del grupo, cuando la solicitud de información en cuestión haya sido presentada por los representantes de los trabajadores de dicha empresa controlada, teniendo dicha empresa derecho, según la Directiva, a exigir que se le transmita tal información.

Como bien se advierte en esta sentencia, la norma comunitaria impone tanto la obligación de proporcionar directamente a los representantes de los trabajadores la información precisa para el inicio de las negociaciones como la de transmitir dicha información a través de la empresa perteneciente al grupo que haya recibido una solicitud a tales efectos de los representantes de los trabajadores, naciendo así una obligación a cargo de las direcciones de las demás empresas pertenecientes al grupo situadas en los Estados miembros de proporcionar a la dirección central –real o presunta– la información imprescindible de que dispongan o que puedan obtener para el inicio de las negociaciones.

Por lo que se refiere al contenido, se recuerda en esta resolución que puede exigirse información sobre los establecimientos y las empresas del grupo, sobre su forma jurídica y sus estructuras de representación, sobre la plantilla media de trabajadores y su distribución en los diferentes Estados miembros, en la medida en que esta información sea imprescindible para el inicio de las negociaciones, así como la información relativa a las denominaciones de los órganos de representación de los trabajadores y a los nombres de los representantes que deben participar, por cuenta de los trabajadores de la empresa o de los de las que dependan de ella, en la constitución de un comité de empresa europeo.

D) Participación en órganos de segundo grado

Los miembros de las comisiones u órganos de segundo grado de la empresa, al igual que sucede con el comité intercentros, deben ser designados de entre los componentes de los distintos comités de centro, guardando la “proporcionalidad de los sindicatos”, según los resultados electorales considerados globalmente. Así se advierte en la **STSJ de Castilla y León de 6 de julio de 2004**, I.L. J 1439, a propósito de la constitución de una comisión de salud laboral, con importantes facultades reguladoras y con competencia para negociar y llegar a acuerdos con la empresa. El Tribunal anula los preceptos del reglamento interno del comité de empresa que disponían que la composición de dicha comisión iría en proporción al “número de votos” obtenido por cada sindicato en las elecciones sindicales, en lugar de en proporción al “número de representantes”, que es, como se sabe, la regla general de designación de puestos en este tipo de órganos.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Competencia territorial para el conocimiento del conflicto

Tal como se recuerda en la **STS de 25 de octubre de 2004**, I.L. J 1657, la competencia para conocer de una pretensión de conflicto colectivo viene dada por el alcance territorial de los efectos del conflicto planteado –tesis que ya se había mantenido en multitud de sentencias de este Tribunal–, no siendo posible extender un litigio colectivo basándose en una potencial afectación distinta de la señalada en la demanda o en puras conjeturas o hipótesis de futuro. Son los límites reales, e inherentes a la cuestión debatida, los que deben determinar la competencia objetiva, no los artificialmente diseñados por las partes. Así por ejemplo, en el asunto de esa sentencia, el Tribunal declara la competencia de los Juzgados de lo Social de Valencia, pese a tratarse de empresas cuya actividad se proyecta más allá de la Comunidad Valenciana, porque no basta con que potencialmente por ello pudieran verse afectados por el conflicto trabajadores que no prestan servicios en ese ámbito territorial.

B) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo

Tres son, según se señala en la **STSJ de Canarias de 22 de mayo de 2004**, I.L. J 1271, los requisitos que definen la pretensión propia de los procesos de conflicto colectivo: la existencia de un conflicto actual, el carácter jurídico del conflicto y su trascendencia colectiva. El Tribunal Supremo ha aclarado, respecto del último de los requisitos, que a su vez se compone de dos elementos: uno subjetivo, que se materializa en el hecho de que el conflicto afecte a un grupo genérico de trabajadores, no bastando con que se trate de una mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y uno objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de una manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de oportuna individualización, pero no en su propia configuración general (**STSJ de Canarias de 22 de mayo de 2004**, I.L. J 1271, **STSJ de Canarias de 30 de abril de 2004**, I.L. J 1272; **STSJ de La Rioja de 15 de julio de 2004**, I.L. J 1497, **STSJ de Canarias de 28 de junio de 2004**, I.L. J 1527). Por todo ello, lo que caracteriza al conflicto colectivo es que el tema debatido afecte indiferenciadamente a un conflicto laboral en cuanto a tal, no debatiéndose por tanto un interés individual y concreto de cada trabajador ni la suma de intereses individuales que constituiría un conflicto plural. La forma en que se configure la pretensión procesal es, pues, clave, ya que si se procede a una nominación de los trabajadores concretamente afectados y a la correspondiente individualización de los derechos particulares que se reclaman respecto de cada uno de ellos, el conflicto será plural, no pudiendo forzarse su planteamiento como conflicto colectivo (**STSJ de Canarias de 30 de abril de 2004**, I.L. J 1272, **STSJ de Castilla y León de 27 de julio de 2004**, I.L. J 1587).

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Así, por ejemplo, no puede tramitarse por este proceso un conflicto en el que se pide la calificación como peligrosos de determinados puestos, en tanto que ello requiere de una valoración individualizada de los mismos (STSJ de La Rioja de 15 de julio de 2004, I.L. J 1497). Por el contrario, es éste el canal adecuado para la impugnación de una convocatoria de plazas en una empresa, pues una cuestión de este tipo afecta a un grupo indeterminado y genérico de trabajadores. Ahora bien, como se señala en la STS de 17 de junio de 2004, I.L. J 1736, cuando esa convocatoria ha sido, aunque sea provisionalmente, resuelta, de manera que se haya procedido ya a la adjudicación –provisional– de los puestos a ciertos trabajadores, esos trabajadores se convierten en portadores de un interés jurídico necesitado de tutela judicial a la que no podrán acceder a través del procedimiento de conflicto colectivo. El procedimiento de conflicto colectivo es el cauce procesal apropiado para la impugnación en el momento de la convocatoria, pero pierde toda posibilidad procesal una vez que concurren ya unos intereses particulares que merecen y deben ser objeto de la oportuna protección judicial que, en modo alguno, quedan amparados con la promoción de un procedimiento colectivo.

La actualidad del conflicto, por su parte, viene garantizada porque surja no como mera hipótesis de futuro, sino como consecuencia de una discrepancia actualizada. Debe tratarse de un interés que tenga por objeto una utilidad o efecto práctico inmediato, sin que sea suficiente con un mero interés preventivo o cautelar (STSJ de La Rioja de 15 de julio de 2004, I.L. J 1497). Ahora bien, la proyección futura de la decisión del conflicto no es decisiva a efectos de delimitar el carácter cautelar o actual del conflicto, pues la función cuasinormativa de la sentencia colectiva vincula la solución de futuras controversias (art. 158.3 LPL) (STSJ de Canarias de 22 de mayo de 2004, I.L. J 1271).

Por lo demás, recuérdese que el conflicto ha de ser jurídico, quedando fuera de su radio de acción los conflictos de intereses, pues el proceso de conflicto colectivo está pensado para las discrepancias sobre la aplicación o interpretación de una norma legal o convencional (STS de 4 de octubre de 2004, I.L. J 1551). Las sentencias que ponen fin a los procesos de conflicto colectivo han sido tradicionalmente denominadas “normativas” por la doctrina, entre otras razones porque fijan con carácter general la interpretación de un precepto legal o convencional, incorporándose en cierto modo la resolución judicial al precepto. Como ya ha aclarado el Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de febrero de 1992), con el conflicto económico o de intereses se pretende modificar el orden preestablecido o implantar nuevas condiciones de trabajo, de empleo o de otra naturaleza, hurtando a las partes negociadoras del convenio lo que sólo a ellas compete regular, frente al conflicto jurídico o de interpretación, en el que lo pretendido es una declaración judicial que concrete el alcance y significado de las normas preestablecidas.

El conflicto colectivo de intereses económicos o de reglamentación no pretende la aplicación o interpretación de norma o precepto alguno, sino la modificación del orden normativo preestablecido o la implantación de condiciones de trabajo diferentes a las que rigen en un determinado ámbito, de manera que el promotor de ese conflicto prescinde de la normativa vigente en un intento de implantar un orden de condiciones laborales nuevo, y en esas condiciones el conflicto podrá encontrar solución extrajudicial, a través del arbitraje o de la negociación, pero no se solucionará en vía judicial, pues el órgano

judicial se vería obligado a ejercer una función que excede de la que le es propia, que no es otra que la de aplicar e interpretar las fuentes del ordenamiento jurídico (STSJ de Canarias de 30 de abril de 2004, I.L. J 1272).

C) Efectos de la sentencia

Los procesos de conflicto colectivo tienen la virtualidad de resolver de una vez y para siempre los múltiples problemas que podrían derivar de una diversidad de demandas judiciales con el mismo objeto. Por ello se reconoce efecto de cosa juzgada a las sentencias evacuadas en ellos sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse que versen sobre idéntico objeto. En este sentido, lo que impone la normativa procesal es que las sentencias que resuelven los procesos individuales tienen que aplicar obligatoriamente los mandatos y criterios decisorios establecidos por la sentencia colectiva firme. El legislador, mediante el establecimiento de una relación de “especial vinculación”, de “prejudicialidad-dependencia” o de “prejudicialidad positiva”, entre el proceso colectivo y los individuales vinculados por la identidad de objeto, evita así que se produzcan resoluciones diferentes en procesos individuales respecto de la cuestión resuelta por la sentencia colectiva firme. Precisamente por ello, la interposición de la demanda de este tipo supone la suspensión de los conflictos individuales o plurales hasta que se resuelva definitivamente el colectivo. Conviene destacar que la Ley de Procedimiento Laboral comprende sólo el efecto positivo de la cosa juzgada o prejudicial y no el negativo o excluyente, esto es, no alcanza a la excepción de litispendencia, aunque sí produce los efectos suspensivos propios de la prejudicialidad, de la “inevitable vinculación prejudicial” existente entre el conflicto colectivo y los coetáneos o sucesivos conflictos individuales sobre el mismo objeto (STS de 30 de septiembre de 2004, I.L. J 1491).

Ahora bien, como se aclara en la STS de 30 de junio de 2004, I.L. J 1616, ello no obsta para que cuando la sentencia colectiva firme no imponga ninguna condena al cumplimiento de obligación concreta y determinada, ni cree obligaciones de tal carácter que, de modo general, puedan ser en este procedimiento ejecutadas, necesita, para ser acomodada a la situación individual de cada uno de los componentes del grupo en conflicto, de un proceso declarativo en el que se puedan conocer las circunstancias que afectan singularmente a los trabajadores afectados, para de esta forma pasar del carácter declarativo abstracto de la sentencia a otra situación en la que con fundamento en la sentencia colectiva se determine individualmente el derecho de cada interesado.

En todo caso, como se advierte en la STS de 16 de julio de 2004, I.L. J 1256, la sentencia pronunciada en los conflictos promovidos por un ente colectivo sindical, extiende sus efectos a la totalidad de los trabajadores afectados, afiliados o no al sindicato, pues, en realidad, lo que se ha producido es una sustitución procesal, por cuyo mecanismo procesal los “interesados” por las resoluciones dictadas no son los órganos colectivos –sindicato o comité– sino los trabajadores y las empresas incluidas en el ámbito del conflicto. Esta consideración de que el elemento subjetivo, a efectos de la cosa juzgada, viene constituido por los trabajadores-representados y no por el sindicato-representante, se deduce del

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

art. 157.3 LPL, que señala –cualquiera que sea el ente colectivo iniciador del proceso– que “la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto”.

4. EL DERECHO DE HUELGA. EFICACIA DE LOS ACUERDOS ENTRE EL COMITÉ DE HUELGA Y LA EMPRESA

En la STSJ de Canarias de 20 de julio de 2004, I.L. J 1529, se plantea la eficacia de un acuerdo del comité con la empresa que sustituyó a los acuerdos de finalización de la huelga, si bien a propósito de esta cuestión se recuerda que los acuerdos entre el comité de huelga y la empresa para poner fin al conflicto disfrutan de la eficacia de los convenios colectivos porque así lo dispone expresamente el art. 8.2 del Real Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo y así ha sido reconocido por el Tribunal Supremo, entre otras, en SSTS de 28 de junio de 1994, y de 2 de noviembre de 1999. Eso no significa que compartan naturaleza, pues obviamente los acuerdos que ponen fin a la huelga no son convenios colectivos, simplemente tiene la misma eficacia que éstos. Es, pues, necesario distinguir entre su naturaleza –distinta al convenio– y su eficacia –la misma que el convenio–, lo que permite tramitar por el proceso especial de conflicto colectivo cuestiones que afecten a la interpretación o aplicación de dichos acuerdos.

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (COORD.)

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Derecho a la negociación colectiva. 3. Legitimación para negociar. 4. Contenido “normativo” del convenio colectivo. Límites. 5. Determinación del convenio colectivo aplicable. 6. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Todas las sentencias reseñadas en la presente crónica, incluidas en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, Lex Nova, números 9, 10, 11 y 12 de 2004, (marginales I.L. J 1193 a I.L. J 1784), contemplan materias o cuestiones sobre las que los Tribunales laborales ya tuvieron oportunidad de emitir pronunciamientos en el pasado. Además, se trata de cuestiones que no reciben solución o tratamiento original, pues son resueltas siguiendo las pautas sentadas en esos pronunciamientos.

2. DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Tratándose de su ejercicio por parte del sindicato, no supone vulneración de la libertad sindical el que no se llegue a un acuerdo entre las partes negociadoras. “El derecho fundamental a la libertad sindical y, dentro de ésta, a la negociación colectiva, no supone el que se llegue (...) a suscribir el convenio colectivo” (STS de 7 de octubre de 2004, I.L. J 1645).

3. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

En unidades de negociación empresariales. Legitimación del sindicato. Frente a la posición contraria mantenida tradicionalmente por la Audiencia Nacional (por ejemplo, en Sentencia de 16 de abril de 1999), reiterada, últimamente, en su Sentencia de 23 de mayo de 2003, I.L. J 1734: “los sindicatos carecen de legitimación para negociar convenios colectivos de empresa o ámbito inferior (...), cuando el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores alude a las representaciones sindicales, se está refiriendo a las secciones

sindicales, pero no a los sindicatos propiamente dichos”, se alza la del TS, que la admite con carácter general, siempre que el sindicato o los sindicatos que la pretendan cuenten con la necesaria representatividad, medida a través de su presencia en los órganos de representación unitaria existentes en la empresa. Tal es lo que acontece en su **STS 16 de septiembre de 2004**, I.L. J 1474, que reproduce, en gran medida, los términos de otra anterior, muy significativa: la de 28 de febrero de 2000, I.L. J 156, cuyas consideraciones sobre el particular aparecen también incorporadas, *obiter*, a la de 14 de julio de igual año:

“No se reprocha al convenio que durante su negociación se haya excluido a otra organización sindical, que por su representatividad en los órganos de representación unitaria en la empresa, estuviera legitimada para participar en la negociación. En concreto, no se alega que CCOO o su sección sindical, como sindicato con representación, haya sido excluido de la negociación. Es más, consta que CCOO fue invitada a negociar y libremente rechazó esta invitación. Delimitada así la cuestión, el problema consiste en determinar si cuando el artículo 87.1.2 del Estatuto de los Trabajadores dice que ‘en los convenios que afecten a la totalidad de los trabajadores de la empresa será necesario que tales representaciones sindicales, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité’, el término representaciones sindicales alude únicamente a las representaciones del sindicato en la empresa –las secciones sindicales–, de forma que sólo estas representaciones tendrían capacidad para negociar sin que pudiera hacerlo el sindicato a que pertenecen. Esta posición excluyente tiene apoyo literal en el precepto citado que, al mencionar las representaciones sindicales, parece aludir a la representación del sindicato en la empresa y en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que reconoce a las secciones sindicales con representatividad suficiente el derecho a la negociación colectiva. Pero un examen más detenido de la cuestión lleva a rechazar esta posición excluyente, de acuerdo con un criterio ya establecido por la doctrina de esta Sala.

En este sentido, la sentencia de 28 de febrero de 2000, reiterada por la de 14 de julio del mismo año, señala que ‘es cierto que el artículo 87.1.2 del Estatuto de los Trabajadores, tanto para el convenio general como para el convenio franja, se refiere a las representaciones sindicales en el marco de la negociación en la empresa o en ámbito inferior y estas representaciones son **las secciones sindicales, que tienen reconocido el derecho a la negociación colectiva** en los términos del artículo 8.2.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical’. Pero añaden estas sentencias que ‘hay que tener en cuenta que las secciones sindicales son meros órganos del sindicato y que a éste corresponde originariamente el derecho a la negociación colectiva en cuanto forma parte de la actividad sindical [artículo 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en relación con el artículo 28 de la Constitución]’. Por ello, en principio, la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones es un problema de régimen interno o de oportunidad, pues no sería lógico obligar a que el derecho a la negociación colectiva tenga que ejercitarse de forma compleja, a través de numerosas secciones sindicales en lugar de instrumentarlo a través del sindicato. De ahí que el problema de delimitar la legitimación entre secciones y sindicato podría surgir cuando existiera un conflicto entre éstos sobre su intervención en la negociación colectiva, pero no cuando no existe discrepancia en este punto y cuando,

VIII. Negociación Colectiva

además, la actuación del sindicato no sólo tiene el refrendo de los trabajadores, sino que además facilita la negociación en el plano instrumental, al eliminar el coste de la actuación conjunta de las secciones.

El sindicato puede, por tanto, en principio, negociar un convenio de empresa, siempre que cuente con la legitimación necesaria en términos de representatividad y esto es algo que no se discute en el presente caso, en el que tampoco se ha impedido participar en la negociación a ninguna organización sindical que tuviera legitimación para ello.”

4. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES

1. Doble escala salarial y respeto del principio de igualdad. Conculca el principio de igualdad la cláusula del convenio colectivo que excluye de la percepción de determinados conceptos salariales (pagas de beneficios y de incentivos de productividad) a los trabajadores eventuales e interinos, limitando su abono a los fijos, sin constar que los primeros realicen tareas distintas o en condiciones diferentes a las de los segundos. Así, **STS de 27 de septiembre de 2004**, I.L. J 1345, con cita de otras de igual Sala y Tribunal (señaladamente, las de 2 de junio de 2003 y 28 de mayo de 2004):

“En el supuesto aquí controvertido no encontramos causa objetiva alguna bastante para justificar el trato diferenciado que la empresa demandada viene dispensando a los demandantes, comparados con el personal fijo, pues la temporalidad del vínculo laboral de los primeros no legitima ese trato desigual, al faltar todo elemento de prueba acreditativo de que el personal temporal no realice las mismas tareas ni en forma y condiciones distintas al personal fijo, de suerte que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, el trabajo prestado con igual valor por ambos grupos de trabajadores debe ser retribuido por el empresario con el mismo salario.”

2. Posibilidad de pactar el disfrute acumulado de las horas correspondientes al permiso por lactancia regulado en el artículo 37.4 del ET. Admite dicha posibilidad la **SAN de 29 de marzo de 2004**, I.L. J 1783, en relación con la cláusula del convenio colectivo que permite al trabajador optar entre ese disfrute acumulado o el previsto en el citado precepto del ET. En el caso de autos, el convenio examinado permitía al beneficiario que decidiese la acumulación el disfrute de un mes de permiso retribuido, duración superior a la resultante de atender al tiempo concedido legalmente:

“Lo que hace la norma [convencional] no es restringir sino ampliar las posibilidades a las que los padres pueden optar para el mejor cuidado de los hijos. La norma no impide a quien lo desee optar por el sistema establecido en el artículo 37.4 del ET y, como se infiere de la prueba practicada, la empresa no niega tal derecho a quien lo solicita. Lejos de ello, lo que permite la norma es que los padres opten, si lo consideran mejor y más conveniente para el cuidado de sus hijos, por acumular los permisos y obtener el disfrute de un mes retribuido, superando claramente el número de horas concedidas por el artículo 37.4 del ET. Dentro de este contexto, tal norma no nos parece contraria al espíritu y finalidad del

artículo 37.4 del ET, sino que, lejos de ello, lo potencia, ampliando las posibilidades que el Estatuto concede a los trabajadores.”

5. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

En la sucesión de empresa. Sobre la aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente a los trabajadores afectados por la sucesión, **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1532, en relación con un supuesto anterior a la actual redacción del artículo 44 ET.

6. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

La adopción de sus acuerdos por la mayoría simple de los asistentes a la correspondiente reunión en modo alguno permite que aquéllos puedan pasar a formar parte del contenido del convenio colectivo interpretado y alcanzar eficacia normativa y general. En este sentido, **STSJ de Asturias de 18 de junio de 2004**, I.L. J 1566, que declara la nulidad de la cláusula del convenio que dispone lo contrario:

“De acuerdo con lo previsto en los artículos 85.3.e) y 91 del Estatuto de los Trabajadores, y sin perjuicio de las competencias de la jurisdicción social, la comisión paritaria para la aplicación del convenio tiene la misión de solventar las discrepancias o conflictos que puedan surgir en la aplicación e interpretación con carácter general del convenio colectivo correspondiente, no la de crear normas, y, como tantas veces ha dicho el Tribunal Supremo, la determinación de las funciones respectivas de la comisión negociadora del convenio y de la comisión de aplicación del mismo en el marco de la negociación colectiva de eficacia general corresponde al legislador, excediendo, por tanto, de las atribuciones de los sujetos con capacidad convencional representados en la propia comisión negociadora asignar valor normativo a los acuerdos de la comisión de aplicación (Sentencias de 27 de noviembre de 1991, 24 de junio de 1992, 25 de mayo de 1993 y 19 de diciembre de 1996, entre otras).

Esto es precisamente lo que ocurre en el supuesto enjuiciado. La referencia contenida en el artículo 40 del convenio a que los acuerdos de la comisión paritaria se adoptarán válidamente por mayoría simple de los asistentes (...) integrándose en el contenido normativo u obligacional del convenio, es contraria a la regulación legal en la materia por atribuir a los acuerdos adoptados por tal comisión carácter y eficacia de normativa general (sic), cuando tal trascendencia está condicionada, tanto por el contenido de los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores como por el artículo 37 de la Constitución, a los requisitos de procedimiento y publicación que los artículos 89 y 90 del mismo Estatuto

VIII. Negociación Colectiva

determinan entre ellos, que los acuerdos se adopten por mayoría de cada una de las dos representaciones, y no por mayoría simple de los asistentes contemplada en el precepto en cuestión.”

Sobre la posibilidad de que el convenio disponga el conocimiento del conflicto por la comisión paritaria como trámite previo a la vía judicial y la imposibilidad de entrar en el fondo del asunto cuando se omite dicho trámite, **STSJ de Extremadura de 9 julio de 2004**, I.L. J 1518.

B) Por los Tribunales laborales

El conocimiento de los hechos directa e inmediatamente y, por lo tanto, el haber podido constatar, al escuchar su relato, cuál fue la intención de los contratantes, llevan a que la interpretación del convenio realizada por el juzgador a quo deba prevalecer sobre la postulada por el recurrente, salvo que aparezca que aquél ha incurrido en evidente equivocación o que su interpretación no sea racional ni lógica o revele infracción de los preceptos que rigen la actividad interpretativa (**STS de 12 de julio de 2004**, I.L. J 1629, con cita y reproducción de términos de la STS de 15 de mayo de igual año).

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Fuentes. 2. Campo de aplicación del sistema.

3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación.

8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A) Concepto de accidente.

B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. **9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones. 10. Asistencia sanitaria.**

A) Dinámica de la prestación. **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. B) Reclamación administrativa previa. C) Intereses. D) Sentencia.

E) Recursos. F) Costas.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2004 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1193 a J 1784).

1. FUENTES

Según la STJCE de 7 de septiembre de 2004, I.L. J 1373, únicamente se podrá reivindicar un derecho de residencia en calidad de trabajador, en el sentido del artículo 39 CE, si la actividad por cuenta ajena que se ejerce tiene un carácter real y efectivo. Un ciudadano de la Unión que no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia en base a los artículos 39, 43 o 49 CE puede disfrutar, por su mera condición de ciudadano de la Unión, de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del artículo 18 CE, apartado 1, y podrá invocar el artículo 12 CE para que se le conceda una prestación de asistencia social.

Para la STJCE de 8 de julio de 2004, I.L. J 1304, una prestación de dependencia como la alemana constituye una prestación de enfermedad a la que es aplicable el Reglamento 1408/71. Este Reglamento se opone a que la entidad competente se niegue a asumir el

pago de las cotizaciones del seguro de vejez, de un nacional de un Estado miembro que actúa como tercero que presta asistencia al beneficiario de las referidas prestaciones basándose en que dicho tercero reside en otro Estado miembro distinto del competente.

Por último, según la **STJCE de 11 de noviembre de 2004**, I.L. J 1593, el artículo 3 del Reglamento 1408/71 no se opone a que una institución competente a efectos del examen del derecho a prestaciones por desempleo no compute, en el cálculo de los períodos de seguro cubierto, un período de servicio militar obligatorio en otro país miembro.

2. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

En la **STS de 9 de agosto de 2004**, I.L. J 1250, se plantea la necesidad de determinar si quienes han sido contratados por una empresa privada y no por una sociedad estatal para realizar trabajos propios de un estibador portuario, pueden ser afiliados al Régimen Especial de Trabajadores del Mar o, por el contrario, deben permanecer en el Régimen General. Sobre esta cuestión entiende que lo determinante para la afiliación al Régimen Especial es el trabajo de estibador desempeñado y no la naturaleza, especial o común de la relación laboral. Con ello recuerda que, si bien la regulación laboral y la de Seguridad Social caminan en paralelo o al menos coincidiendo en muchos casos, el sistema público de protección social puede y suele tener un ámbito más amplio y extenso que el estrictamente laboral y por ello debe ser aplicado, por lo general, de acuerdo con sus propias previsiones y sin reduccionismos derivados de la regulación laboral. A iguales conclusiones se llega en la **STS de 30 de marzo de 2004**, I.L. J 1369.

La **STS de 17 de septiembre de 2004**, I.L. J 1317, analiza un supuesto de trabajadora que tras un grave accidente de tráfico solicita declaración de invalidez permanente absoluta que le es denegada en vía administrativa, por no hallarse en alta ni situación asimilada en la fecha del hecho causante. Sobre este extremo, se recuerda la doctrina del propio tribunal respecto a la necesidad de atenuar la exigencia del requisito de alta o situación asimilada en relación especialmente con las prestaciones de incapacidad permanente y por muerte y supervivencia, mediante una interpretación humanizadora que pondera las circunstancias de cada caso concreto con el fin de evitar supuestos no justificados de desprotección. La aplicación de la misma al supuesto planteado permite concluir que las serias afectaciones que padecía la trabajadora le hacían imposible el cumplimiento de su inscripción como demandante de empleo, debiéndose entenderse por cumplido el requisito de asimilación a la situación de alta.

4. GESTIÓN

Devolución del capital coste renta a la Mutua de Accidente de Trabajo. La sentencia que modifica o extingue una prestación reconocida en vía administrativa es una sentencia de condena y su cumplimiento debe realizarse a través de la propia ejecución de la sentencia. La Sala Social del TSJ del País Vasco estimó el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua de Accidentes de Trabajo, anulando la resolución administrativa dictada por el INSS en la que se reconocía incapacidad permanente total para su profesión habitual. En virtud de tal fallo, la Mutua de Accidentes de Trabajo solicitó en el Juzgado de lo Social la ejecución de la sentencia, instando que se requiriera a la Tesorería General de la Seguridad Social para que procediera al abono de los intereses devengados desde la fecha de la sentencia. La mutua recurre del TSJ del País Vasco que confirmó el auto del juez de lo social denegatorio de la ejecución de la sentencia. La **STS de 12 de julio de 2004**, I.L. J 1196, rebate el principal argumento de la sentencia recurrida según la cual la sentencia que extinguió la prestación no podía ser ejecutada en sus propios términos en tanto que no hacía referencia alguna a la devolución del capital y al abono de intereses, limitándose a un contenido claramente declarativo.

El Tribunal Supremo reitera en esta sentencia la doctrina ya proclamada, entre otras, por las SSTs de 26 de diciembre de 2002 y de 16 de abril de 2003 y entiende que el cumplimiento y ejecución de los derechos reconocidos en la sentencia debe hacerse por la vía de la ejecución de la misma. Además señala que la sentencia que modifica o extingue una prestación reconocida en vía administrativa no tiene carácter declarativo y sí, en cambio, de condena. Según el Tribunal, dicha sentencia de condena lleva consigo implícita: “a) cuando modifica el importe de una prestación, la obligación de la entidad responsable de satisfacer la pensión que se mantiene y reintegrar las cantidades abonadas en exceso a quienes las anticiparon; b) cuando extingue la prestación, el derecho de quien la abonó a reintegrarse de lo satisfecho hasta entonces, salvo prescripción legal en contrario”. Entiende el Tribunal que dicha doctrina es aplicable al caso que examina pues la obligación de reintegro por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social se halla reconocida de forma implícita en el fallo de la sentencia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Requisito de estar al corriente en el pago en el Régimen Especial Agrario. Subsidio de incapacidad temporal por causas comunes. Adeudamiento de un mes de cotización. Denegación del subsidio. Se plantea ante el Tribunal si se cumple el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cotizaciones en el supuesto de un trabajador por cuenta ajena del Régimen Especial Agrario que, adeudando un mes de cotización, se encuentra en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

La STS de 19 de mayo de 2004, I.L. J 1666, en aplicación de los artículos 5.3 y 12 del Decreto 3772/1972 y siguiendo una doctrina ya consolidada por el Tribunal Supremo (Sentencias de 17 de julio de 1998, de 16 de enero de 2002, 24 de mayo de 2002), entiende que en el Régimen Especial Agrario el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas en relación a los subsidios debe cumplirse sin que quepa, salvo circunstancias excepcionales, subsanación *a posteriori* mediante el pago fuera de plazo de las cuotas pendientes. Entiende el Tribunal que “este requisito debe regir todos los supuestos de descubiertos de cuotas en el momento del hecho causante, incluso cuando se hayan abonado luego, e incluso cuando la cotización pendiente se limite a un mes, salvo que concurren circunstancias excepcionales, como que la omisión se haya debido a un error bancario y no a la conducta del asegurado”. A diferencia de las pensiones, en el caso de subsidios no cabe excepciones a este requisito pues “la ley no ha previsto para el subsidio de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta ajena ‘plazo’ para ponerse al corriente de cuotas atrasadas o ‘excepción’ de tal requisito”.

Cálculo de la pensión de jubilación en un supuesto en que el trabajador ha cotizado en España y Alemania. Para la determinación de la pensión a cargo de la Seguridad Social española deben computarse los años asimilados a cotizados en atención a la edad del beneficiario el 1 de enero de 1967. En unificación de doctrina, la STS de 12 de julio de 2004, I.L. J 1674, vuelve a confirmar la doctrina ya consolidada conforme a la cual el período de seguro que se debe tener en cuenta para calcular la pensión de jubilación conforme al artículo 46.1 de Reglamento 1408/1971 comprende tanto los períodos de cotización, trabajo como los asimilados reconocidos por la legislación bajo la cual han sido cubiertos. Así lo reconoce expresamente tal disposición cuando entiende que por período de seguro debe entenderse “los períodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como períodos de seguro”.

7. RECAUDACIÓN

En la STS de 17 de septiembre de 2004, I.L. J 1479, se insiste en la línea jurisprudencial en materia del alcance temporal del reintegro de cantidades indebidamente percibidas según la cual, tras la reforma operada en el artículo 45.3 LGSS por la Ley 66/1997, no es de aplicación la excepción jurisprudencial de equidad de tres meses sino tan sólo el plazo quinquenal (posteriormente reducido a cuatro años).

En la STS de 17 de septiembre de 2004, I.L. J 1310, se desestima un recurso de casación para unificación de doctrina en un caso de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, porque no se aprecia la contradicción alegada ya que los supuestos de ambas sentencias son distintos así como las circunstancias determinantes de la apreciación de la existencia o no de la buena fe por parte del beneficiario.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

Según la STS de 30 de junio de 2004, I.L. J 1621, no cabe apreciar la existencia de accidente de trabajo *in itinere* en el infarto de miocardio acaecido desde el trayecto del domicilio al trabajo. Según esta sentencia, la presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo sólo alcanza a los accidentes acaecidos en el tiempo y en el lugar de trabajo, pero no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo. Además, la asimilación a accidente de trabajo sufrido *in itinere* se limita a los accidentes en sentido estricto, esto es, a las lesiones súbitas y violentas producidas por un agente externo, y no a las dolencias de distinta etiología y manera de manifestación. Para estas enfermedades que se manifiestan en el trayecto del domicilio al trabajo la calificación como accidentes de trabajo en atención a lo dispuesto en el art. 115.2.e) LGSS depende de que quede acreditada una relación causal con el trabajo, lo que en el presente caso no puede apreciarse porque no hay ningún elemento que permita establecer esa relación. No lo hay en el origen de una afección cardíaca y el trabajo, ni consta que en el camino desde el domicilio al trabajo se haya producido acontecimiento alguno que haya podido actuar como factor desencadenante de la crisis que determinó la muerte del causante.

La STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004, I.L. J 1364, rechaza con rotundidad la existencia de caso fortuito en el accidente de trabajo que sufrió el trabajador, puesto que la previsibilidad del accidente no ha de referirse al concretísimo suceso acaecido en sus circunstancias específicas de tiempo, lugar y modo, en cuyo caso prácticamente todos los accidentes laborales y de otro tipo serían imprevisibles. La previsibilidad en materia de prevención de riesgos laborales ha de juzgarse en función de la imposibilidad de identificar el riesgo por un técnico cualificado. El artículo 2.2 del RD 39/1997 señala que la puesta en práctica de toda acción preventiva requiere, en primer término, el conocimiento de las condiciones de cada uno de los puestos de trabajo, para identificar y evitar los riesgos y evaluar los que no puedan evitarse. Cuando nos encontremos ante un riesgo perfectamente identificable —a partir de los conocimientos técnicos exigibles al técnico de prevención y en base al estudio de las concretas condiciones de trabajo que debe llevarse a cabo—, no puede acogerse la existencia de caso fortuito. Asimismo, una vulneración de las normas de jornadas y tiempo de trabajo ha de ser considerada como infracción también de normas de prevención de riesgos laborales en la medida en que con ello se genere o modifique un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Y, además, la vulneración del artículo 24 del RD 1561/1995 implica una vulneración de normas preventivas.

B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

Según la STS de 18 de septiembre de 2004, I.L. J 1423, procede el recargo de prestaciones, puesto que estamos ante una conducta pasiva de la empresa que no adoptó medidas eficaces para evitar que sus trabajadores o los de las empresas subcontratadas accedieran a zonas de riesgo durante el período en que había de evitarse las mismas.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES

La STS de 4 de octubre de 2004, Sala Tercera, I.L. J 1705, en recurso de casación para unificación de doctrina, examina un supuesto de impago de cuotas a la Seguridad Social, exigidas en virtud de la existencia de responsabilidad solidaria. Así la TGSS efectuó en su momento reclamación de la deuda a una determinada empresa, contratista principal en un negocio jurídico y por tanto responsable solidaria de las deudas de otra empresa subcontratista. Conforme indica el artículo 42.2 ET existe responsabilidad solidaria durante un año del empresario principal, tanto por lo que se refiere a las obligaciones salariales como a las cotizaciones de Seguridad Social, en ambos casos con respecto a las deudas de los subcontratistas. El litigio se produce porque el plazo de un año antes citado empezó a correr desde la fecha que terminó la contrata y las resoluciones administrativas se dictaron transcurridas más allá del plazo de ese año, por lo que según la empresa principal la Administración de la Seguridad Social no disponía ya de plazo para exigir la responsabilidad. En opinión de la Sala, si bien reconoce que a la empresa principal sólo puede exigírsele aquella responsabilidad durante el plazo del año, debe entenderse que se está pretendiendo hacerla efectiva si antes del año media una inspección de trabajo, se le hace presente a la empresa principal que es titular de aquella responsabilidad solidaria por el pago de cuotas en una cuantía determinada antes de que el año transcurra. “Ello supone que se le ha recordado y requerido el cumplimiento de la obligación en derecho, lo que hubiera debido dar lugar a que lo afrontara voluntariamente. Sólo la circunstancia de que no se haya atendido el pago de las cantidades correspondientes es lo que determina que con posterioridad se dicte un acto administrativo de autoridad o imperio, y no de mero trámite, exigiendo la tan citada responsabilidad”. Por tanto, la TGSS tiene razón al determinar que la empresa principal es responsable ya que el plazo durante el cual puede exigirse dicha responsabilidad se interrumpe si se ha dirigido requerimiento a la empresa haciéndole presente su obligación del pago de las cuotas.

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Dinámica de la prestación

La STS de 17 de septiembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1478, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, entiende que los Técnicos especialistas de laboratorio no están legalmente habilitados para llevar a cabo extracciones de sangre. La extracción de muestras de sangre para análisis clínicos no cabe calificarla de actividad de colaboración, por ello, las meras funciones de colaboración de los técnicos no pueden extenderse hasta integrar por completo una actividad asignada a otras profesiones sanitarias.

Según la STS de 4 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1768, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, señala que cuando se trata del reconocimiento del derecho a la prestación, como es el caso del transporte por asistencia sanitaria, cabe

IX. Seguridad Social

recurso de suplicación si el derecho a la prestación ha sido reconocido, pero se discute la cuantía. Si ésta es menor de 1.803 euros, no cabe recurso de suplicación.

En la **STS de 12 de julio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1698, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, el debate se centra en el extremo de si el título o diploma expedido por la Universidad de Valencia de especialista diplomado en ortopedia debe ser reconocido a efectos de facturar productos de ortopedia al Servicio Autónomo de Salud, dado que la Consejería de Sanidad acepta los títulos de formación profesional y no en cambio los universitarios. El Tribunal no entra a valorar el tema en la medida en que la Orden autonómica de 1996 no es en realidad una regulación de productos sanitarios, sino que tiene la finalidad de regular la facturación de productos al Servicio Autonómico de Salud.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

En la **STSJ de Madrid de 24 de mayo de 2004**, I.L. J 1508, se discute si se han de incluir las *stock options* a efectos de la base de cotización para calcular la mejora voluntaria de la incapacidad temporal pactada en convenio colectivo. Para la empresa no se pueden incluir, pues considera que una cosa es el salario regulador a los efectos del despido y otra la base de cotización prevista en el convenio colectivo, relativa a los últimos seis meses anteriores a la fecha de la baja, convenio colectivo que sólo preveía el descuento de dicha base de cotización, de la cantidad correspondiente a la prorrata de gratificaciones extraordinarias. Para la Sala, el hecho de que la empresa incurra en infracotización, no enerva el derecho de los trabajadores a complementar la prestación económica de incapacidad temporal hasta el 100 por 100 de la base de cotización.

La **STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1588, señala que si a un trabajador se le prorroga la situación de incapacidad temporal una vez agotados los 18 meses, a la espera de que recaiga resolución de invalidez permanente, la empresa no puede acordar su declaración en situación de excedencia forzosa el día en que han transcurrido 18 meses ya que no se ha agotado el período máximo de incapacidad temporal, pues el período máximo fijado por la normativa ha de ser cohonestado con lo dispuesto en el artículo 131 bis del TRLGSS en cuanto a la posibilidad de prolongar los efectos de la incapacidad temporal, por lo que la citada incapacidad no se extingue.

Según la **STS de 21 de junio de 2004**, I.L. J 1613, una vez agotados los 18 meses de incapacidad temporal y tras procederse a la denegación de la incapacidad permanente, no procede la prórroga de la incapacidad temporal aunque el sujeto esté pendiente de una operación quirúrgica y reciba asistencia sanitaria.

Según la **STS de 22 de junio de 2004**, I.L. J 1676, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, pese a que la baja formal del trabajador en Seguridad Social debe producirse el mismo día del despido, persiste un alta condicional y en estado latente que

sólo recobra todo su vigor si la resolución judicial declara el despido improcedente o nulo, pero no si es declarado procedente, pues entonces la baja formal del día del despido queda realmente confirmada.

En el caso de autos se había reconocido la improcedencia del despido en conciliación administrativa previa, y en tal supuesto la Sala entiende que el artículo 95.1.2 de la LGSS exige el alta del trabajador para que proceda la obligación de anticipo del subsidio de incapacidad temporal por parte de la Entidad Gestora de la Seguridad Social por lo que en ausencia de alta, la prestación por mandato del artículo 95.1.3 será abonada por el empresario directamente al trabajador y a su cargo. Aplicando analógicamente otra doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo entiende que debe ser el INSS quien abone el subsidio de incapacidad temporal del trabajador sin perjuicio de percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación.

B) Regímenes especiales

Según la **STS de 19 de mayo de 2004**, I.L. J 1666, es requisito indispensable para poder acceder a la prestación de incapacidad temporal en el Régimen Especial Agrario, el estar al corriente del pago de las cuotas en el momento del hecho causante, sin perjuicio de los plazos y excepciones fijados normativamente. Y la Ley no ha previsto para el subsidio de incapacidad temporal de los trabajadores por cuenta ajena plazo alguno para ponerse al corriente de las cuotas atrasadas.

12. MATERNIDAD

La Sentencia en suplicación confirmó que la actora no puede percibir en situación de maternidad una prestación inferior a cuando se halla en desempleo y en función de dicho criterio y aplicando los artículos 222.2 y 133 quater LGSS la **STS de 14 de octubre del 2004**, u.d., I.L. J 1655, llega a la conclusión de que la prestación por maternidad deberá equivaler al 100 por 100 de la base reguladora de la incapacidad temporal y ésta deberá ser igual a la de desempleo.

Según la **STJCE de 18 de noviembre de 2004**, I.L. J 1594, la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, se opone a que un convenio colectivo impida incluir en el período necesario a efectos de ascenso, la parte del período durante el que la trabajadora disfrutó de un permiso de maternidad cuya duración excede del período de protección de ocho semanas, previsto por las normas de la República Federal de Alemania, siempre que los objetivos y la finalidad de ambos permisos respondan a los objetivos de protección de la mujer por razón de embarazo y maternidad.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La STS de 27 de julio de 2004, I.L. J 1468, analiza, con ocasión de una petición de prestaciones por desempleo, el correcto encuadramiento de un cónyuge y un esposo de un empresario que conviven con él, y que en conjunto ostentan la propiedad de la totalidad de las acciones de la empresa en la que prestan sus servicios. El Tribunal considera que la Disposición Adicional Vigésimoséptima de la LGSS al establecer la presunción de control empresarial por los familiares convivientes que detenten la mayoría de las acciones de una sociedad, desplaza la carga de la prueba de que tal control no existe a quien pretenda el encuadramiento en el Régimen General. En el caso, no habiéndose destruido la presunción mediante una actividad probatoria adecuada, procede a declarar que el correcto encuadramiento debía efectuarse en el RETA, y, por consiguiente, no procedía el reconocimiento de prestación alguna por desempleo.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la jurisdicción social

Según la STS de 5 de febrero de 2004, I.L. J 77, la jurisdicción laboral es competente en relación a la pensión de jubilación de un sacerdote secularizado –particularmente en lo que respecta a las deducciones para completar el capital coste de renta y por gastos de gestión en el cálculo y exacción de dicho capital–. La fracción del capital coste que mensualmente se descuenta y los gastos de tramitación, igualmente detraídos, son conceptos inescindibles, fruto de una decisión única del ente gestor, de carácter prestacional. En este sentido, puede verse también las SSTS de 24 de marzo de 2004, I.L. J 291, y de 20 de abril de 2004, I.L. J 358.

Para las SSTS de 7 de abril de 2004, I.L. J 330, y de 7 de abril de 2004, I.L. J 331, la jurisdicción laboral resulta incompetente para conocer de la declaración de la existencia de obligación de cotizar y determinar el importe de la cotización. Ambos supuestos se incluyen en la gestión recaudatoria de las cotizaciones.

Tal como recuerda la STS de 30 de enero de 2004, I.L. J 186, la gestión recaudatoria que excluye la competencia del orden social –según el art. 3.1.b) LPL– no se limita cuando se refiere a las cotizaciones a su sentido estricto –esto es, a la actividad encaminada a hacer efectivo el cobro de la deuda ya declarada y fijada en su importe–, sino que también alcanza no sólo a esas operaciones materiales de cobro, sino también a la declaración de la existencia de la obligación de cotizar y a la determinación de su importe. También

puede consultarse la STS de 20 de abril de 2004, I.L. J 353 y la STS de 7 de mayo de 2004, I.L. J 499.

También la STS de 16 de abril de 2004, I.L. J 400, excluye la competencia del orden social en un supuesto de recaudación. El Tribunal Supremo recuerda que la acepción amplia de recaudación contenida en el artículo 18 LGSS permite comprender en la exclusión competencial tanto la impugnación de las actas de liquidación de la Inspección de Trabajo como, en general, toda la gestión de la recaudación en el período voluntario. No es conveniente, por tanto, separar la actividad de cobranza y la actividad de determinar si la cobranza fue indebida, asignando a órdenes jurisdiccionales diversos lo que participa de una única y real naturaleza. Por tanto, se aplicará el principio de unidad de ámbito de la jurisdicción, tal como ya señalase la STS de 20 de julio de 1990. En este mismo sentido, la STS de 26 de abril de 2004, I.L. J 414, recuerda que la aplicación de la doctrina anterior conduce a declarar de oficio la competencia de la jurisdicción social para conocer de las cuestiones planteadas –la cuestión sobre el derecho a permanecer en alta durante todo el tiempo que dure la prestación de servicios y la materia de gestión recaudatoria–. También puede consultarse la STS de 7 de abril de 2004, I.L. J 486.

B) Reclamación administrativa previa

Tal como señala la STS de 24 de marzo de 2004, I.L. J 239, la falta de reclamación previa acarrea la apertura de un trámite en el que se concede un plazo de cuatro días al interesado-beneficiario para la subsanación de la omisión. El incumplimiento del precepto por el órgano judicial determina la nulidad de las actuaciones practicadas y seguidas a partir de la presentación de la demanda, con reposición del procedimiento a tal momento procesal de la misma.

C) Intereses

Para la STS de 10 de febrero de 2004, I.L. J 141, la constitución del capital coste, con los intereses si procedieren, libera plenamente de su obligación y responsabilidad a la Mutua que lo constituye. Por ello, ni la Mutua está obligada al pago directo e inmediato de la pensión, prestación que de llevarse a cabo no la liberaría de su responsabilidad, sino a la constitución de un capital que la libera plenamente de sus responsabilidades, por lo que nunca le es aplicable en las prestaciones periódicas vitalicias el artículo 921 de la LEC. Esta conclusión no se opone a lo resuelto por la STS de 9 de diciembre de 1992 de admitir los intereses del artículo 921 LEC en las condenas a las Mutuas de abonar una cantidad a tanto alzado, pues en estos casos la condena de la prestación afecta directa e inmediatamente a la Mutua. Vid. también la STS de 18 de marzo de 2004, I.L. J 241.

D) Sentencia

La STC de 10 de mayo de 2004, I.L. J 219, señala que la incongruencia omisiva o *ex silentio* es un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus

pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido. Partiendo de esta premisa, y pese a que no se citase el RD 1576/1990, de 7 de diciembre, las referencias citadas en fase de recurso unidas a las sucesivas ampliaciones de la demanda en la instancia y en la Sentencia recurrida, ponían de manifiesto al Tribunal *ad quem* la naturaleza terrorista del acto causante de la invalidez, circunstancia que de manera suficientemente apreciable se hizo constar en suplicación y que, en consecuencia, debió ser tomada en consideración por razones de congruencia. Otro supuesto de incongruencia omisiva lo encontramos en la **STS de 29 de marzo de 2004**, I.L. J 210, en el que se analiza un caso en el que se omite cualquier referencia a la petición del demandante, con lo que se infringe tanto el artículo 24.1 CE como el artículo 359 de la anterior LEC y el 218 de la actual. También en la **STS de 12 de mayo de 2004**, I.L. J 472, en la que el actor quería un pronunciamiento concreto sobre la legalidad de las disposiciones reglamentarias relativas a los efectos de las bajas en el RETA y el nacimiento y la obligación de cotizar, se da un supuesto de incongruencia omisiva, al haber ejercitado un recurso sin haber obtenido pronunciamiento alguno.

Señala la **STS de 24 de marzo de 2004**, I.L. J 265, que no ha lugar a la declaración de error judicial al que se le ha imputado la sentencia. Y ello porque el informe de vida laboral constituye un medio de prueba entre otros, a valorar por el juez con arreglo a la sana crítica, sin estar considerado en ningún precepto legal como elemento de convicción vinculante para el órgano jurisdiccional. Además, suponiendo que hubiese habido tal error, no puede considerarse que ello constituyese un error considerado como craso o palmario. En este sentido, también se pronuncia la **STS de 27 de abril de 2004**, I.L. J 374.

E) Recursos

Según la **STS de 26 de enero de 2004**, I.L. J 90, no puede apreciarse la contradicción entre la sentencia impugnada y la sentencia de contraste, en la medida necesaria para estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina. De una parte, se reclama la devolución fundamentada en la extinción de las deudas por no reconocidas en el convenio de acreedores correspondiente a un procedimiento de suspensión de pagos. De otra, se alega que no queda acreditado el error de pago de hecho ni de derecho, sino que existe más bien una disconformidad en cuanto al momento de las liquidaciones procedentes y pagos efectuados. Pues bien, tales argumentaciones no pueden entenderse que entren en suficiente contradicción con las sentencias de contraste.

Tampoco se estima la contradicción necesaria en la **STS de 11 de febrero de 2004**, I.L. J 142, ya que se da semejanza, pero no identidad, en las lesiones. En un caso se trata de hipoacusia coclear grave y en el otro de neurosensorial severa: en el supuesto de la sentencia recurrida, queda un margen de audición de aproximadamente el 20 por 100, dato que no se recoge en la sentencia de contraste. Además, mientras en la sentencia recurrida consta que el actor puede utilizar la prótesis en el oído izquierdo y de forma no continua en el derecho, tal circunstancia no consta en la sentencia recurrida.

Según la **STS de 12 de abril de 2004**, I.L. J 462, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración —a los efectos del cálculo de la cifra de 3 millones de pesetas (18.030,36 euros) que prevé el artículo 99.2 de la Ley

29/1998, de 13 de julio, para admitir el recurso de casación por unificación de doctrina—, son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes, y no por períodos de tiempo distintos. Vid, asimismo, las SSTS de 21 de abril de 2004, I.L. J 459, de 24 de marzo de 2004, I.L. J 206, de 31 de marzo de 2004, I.L. J 211, de 20 de abril de 2004, I.L. J 458, de 18 de mayo de 2004, I.L. J 467, y de 25 de mayo de 2004, I.L. J 468.

La STS de 26 de enero de 2004, I.L. J 120, analiza las maneras de apreciar la afectación general en el recurso de suplicación. Sobre este tema, se señala que en el artículo 189.1.b) LPL es necesario que las partes hayan alegado y probado la concurrencia de la afectación general. Se exceptúan de esta regla los casos de notoriedad o los casos en los que la cuestión debatida posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes. En el litigio objeto de estudio, se llega a la conclusión de que las cuestiones que en él se ventilan ponen en evidencia que las mismas afectan a un número muy elevado de trabajadores, puesto que se refieren a la responsabilidad del INSALUD (organismo que ha de abonar a los actores las cantidades que reclaman en la demanda) respecto a las cuotas de colegiación devengadas en período anterior a las transferencias sanitarias a la Comunidad Autónoma de Madrid. Vid., asimismo, las SSTS de 3 de octubre de 2003, I.L. J 412, de 30 de enero de 2004, I.L. J 40, de 30 de enero de 2004, I.L. J 182, de 3 de febrero de 2004, I.L. J 137; de 10 de febrero de 2004, I.L. J 198; de 11 de febrero de 2004, I.L. J 199; de 11 de febrero de 2004, I.L. J 200; STS de 10 de marzo de 2004, I.L. J 237; de 18 de marzo de 2004, I.L. J 308; de 18 de marzo de 2004, I.L. J 309; de 23 de marzo de 2004, I.L. J 239; de 24 de marzo de 2004, I.L. J 261; de 23 de marzo de 2004, I.L. J 262; de 24 de marzo de 2004, I.L. J 271; de 1 de abril de 2004, I.L. J 313, de 1 de abril de 2004, I.L. J 368, de 7 de abril de 2004, I.L. J 327, y de 23 de abril de 2004, I.L. J 364.

En la STS de 10 de febrero de 2004, I.L. J 153, abre la vía del artículo 189.b) LPL —para los litigios que afectan a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social—, aun cuando la cuantía litigiosa no haya alcanzado el mínimo exigido de 1.803 euros, resolviendo sobre la base de la existencia de notoriedad de la afectación generalizada de la cuestión planteada —en un supuesto como el litigioso, en el que se debate el coeficiente reductor aplicable a la pensión de jubilación anticipada de los prejubilados de Telefónica—. Vid, asimismo, las SSTS de 25 de febrero de 2004, I.L. J 147, de 22 de abril de 2004, I.L. J 316, de 27 de abril de 2004, I.L. J 336, de 11 de mayo de 2004, I.L. J 423, de 17 de mayo de 2004, I.L. J 514, y de 22 de mayo de 2004, I.L. J 418. Por su parte, la STS de 28 de enero de 2004, I.L. J 181, señala que cabe el recurso de suplicación cuando concurre la afectación general, aunque la cuestión debatida haya sido resuelta en suplicación y aunque la cuantía litigiosa no exceda del importe de 1.803 euros, por lo que la inadmisión del recurso supone vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por el rechazo infundado de un recurso legal.

Sobre la cuantía de la caución para otorgar la suspensión de la resolución administrativa en el recurso de casación, la STS de 4 de febrero de 2004, I.L. J 94, concluye que el ar-

IX. Seguridad Social

título 129 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, conecta la adopción de medidas cautelares con la necesidad de asegurar la efectividad de la sentencia, efectividad que debe entenderse referida a la resolución que le ponga fin. Por ello, ha de estimarse parcialmente el recurso planteado por la entidad recurrente (colaboradora de la Seguridad Social), accogiéndose la pretensión de reducción de la caución exigida hasta una cifra proporcionada con los intereses en juego en este mismo proceso. Por el contrario, no puede aceptarse la petición de ausencia total de toda caución, porque no existe ningún precepto legal que exonere a las Mutuas de prestar las cauciones necesarias para resarcir los perjuicios que pueda ocasionar la suspensión cautelar del cumplimiento de las obligaciones que le impongan las resoluciones judiciales, ni puede excusar de resultar posiblemente perjudicial a la causa pública un aplazamiento como el solicitado, si se tiene en cuenta que la desviación de los fondos que debieren ingresar en el patrimonio de la Seguridad Social sí es susceptible de dañar el interés público que las prestaciones a cargo de la misma han de satisfacer.

En la STS de 25 de febrero de 2004, I.L. J 136, se desestima el recurso de revisión, debido a que el contenido del acta de la Inspección de Trabajo —sobre accidente de trabajo— ha estado siempre al alcance de las partes y de los órganos judiciales intervinientes, que en ningún caso ha sido objeto de retención y posterior conocimiento o recuperación. Se alega la falta de idoneidad del documento invocado, tal como se señala en la STS de 19 de abril de 2003, en la que se niega a las Actas de Infracción levantadas por la Inspección de Trabajo la consideración de documentos retenidos y recobrados, al poseer una antigüedad anterior a la celebración del juicio y por ser susceptibles de aportación por el interesado.

F) Costas

Según la STS de 7 de mayo de 2004, I.L. J 511, sólo procede imponer costas al INSS cuando se aprecie temeridad en la actuación de dicho ente gestor, pues dicha entidad goza por Ley del beneficio de justicia gratuita. Ello no concurre en el caso de la sentencia recurrida, ya que del hecho de no abonar intereses al hacer el INSS la liquidación de atrasos, o de aplicar descuentos en la liquidación de atrasos por incompatibilidad con otras prestaciones, no se deduce la existencia de temeridad imputada al INSS. También puede consultarse la STS de 25 de mayo de 2004, I.L. J 441.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales. c). Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilaciones anticipadas. f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria. a) Mejoras voluntarias b) Planes de pensiones. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Incapacidad 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 9 a 12 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 1193 a I.L. J 1784).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

La cuestión que se plantea en el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto por la **STS de 27 de julio de 2004**, I.L. J 1468, versa sobre el derecho a prestaciones de desempleo del miembro de la familia que presta servicios por cuenta de una sociedad familiar. En concreto, se trata de determinar si un familiar por consanguinidad que ha trabajado al servicio de una sociedad de capital en la que las participaciones sociales pertenecen todas ellas a personas que conviven en la misma vivienda, personas que están unidas bien por vínculo conyugal, bien por vínculo de parentesco que no se aleja más allá del segundo grado, tienen derecho a prestaciones de desempleo cuando han cesado en la referida prestación de servicios.

El Tribunal Supremo entiende que los padres e hijos que, conviviendo en la misma vivienda, posean al menos la mitad del capital social de una sociedad titular de una empresa en la que prestan servicios deben estar encuadrados en el RETA, y excluidos por tanto de la protección por desempleo, salvo que se demuestre que no tienen el control efectivo de dicha sociedad. Como en este caso no se ha destruido por la vía procesal adecuada esta presunción judicial, resulta de aplicación de DA Vigésima Séptima LGSS, y no cabe, por tanto reconocer la prestación por desempleo.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

Se plantea ante el Tribunal en **STSJ de Madrid de 28 de junio de 2004**, I.L. J 1561, la cuestión del cálculo de la base reguladora a una trabajadora que disfruta de una reducción de jornada conforme al artículo 37.5 ET, y es despedida por causas organizativas empresariales.

El INEM para el cálculo de la referida base toma en cuenta las bases de cotización de los 180 días precedentes al despido, por lo que la base se configura conforme al salario percibido correspondiente a la jornada reducida por guarda legal.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

La actora pretende que se tome como base de cotización la que le correspondería por realizar una jornada completa.

El TSJ de Madrid, estima que:

“(…) siendo teóricamente atendible y probablemente deseable la solución que propugna el recurso, no puede acogerse en el estado normativo actual de la cuestión con base en una orientación judicial basada en la Ley 39/1999, la cual tiene el alcance que le da su articulado y en cuyo articulado no se contempla una solución como la pretendida por el recurso, habiendo transcurrido tiempo suficiente para que el legislador hubiese ampliado expresamente su radio de acción a la materia, sin que lo haya hecho (…)”.

Esta sentencia, sin embargo, cuenta con un voto particular, en el que se defiende que debió estimarse el recurso por varios motivos:

“(…) no ha de olvidarse que en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el artículo 37.5 ET ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional que establece la protección a la familia y a la infancia. Finalidad que ha de prevalecer y servir para la solución de cualquier duda interpretativa (…)”.

“(…) si el trabajador hace uso de su derecho de reducción de jornada, no sólo ve reducida proporcionalmente la retribución empresarial durante el período en que se produce, sino que también sufre la disminución de la protección social posterior, cuando, por causa absolutamente ajena a su voluntad, es objeto de despido, lo que constituiría un claro elemento disuasorio que, sobre agraviarle con relación a quienes no tienen necesidad de reducir la jornada”.

Según este voto particular, es necesario aplicar de forma coordinada e integradora todas las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico en relación con el concreto problema planteado en el proceso, intentando promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas.

La línea interpretativa que se deriva del voto particular es similar a la tenida en cuenta en su día por el Tribunal Supremo en la **STS de 6 de abril de 2004**, I.L. J 1729, en la cual se llega a la conclusión de considerar errónea la aplicación literal y mecánica del artículo 211 LGSS, sin tener en cuenta el bloque normativo que regula la situación precedente derivada de la maternidad y concretamente la establecida para el supuesto de excedencia para el cuidado de hijo.

La cuestión litigiosa, planteada en la **STS de 4 de octubre de 2004**, I.L. J 1642, queda limitada a precisar la fecha a partir de la cual los actores tenían derecho a la prestación contributiva de desempleo.

Si bien es cierto que el nacimiento del derecho a la prestación tiene lugar desde el día en que se notificó al trabajador la decisión empresarial del despido objetivo, y que tal fecha es la

que se toma en cuenta a los efectos el cómputo del plazo de quince días para presentar la solicitud de inscripción del demandante de empleo, ello únicamente debe ser así, cuando al haber sido impugnada la decisión extintiva, coinciden la realidad del hecho causante y la posibilidad de solicitud de inscripción.

Por otro lado, parece claro que si el despido es impugnado debe esperarse a la resolución del pleito para que aquel hecho causante pueda ser acreditado.

En el supuesto enjuiciado, tanto la resolución administrativa como la sentencia de suplicación, han prescindido del hecho de haber interpuesto los actores demanda impugnando el despido o sancionan a los trabajadores por haber accionado contra la decisión empresarial de extinguir el contrato.

El artículo 53.5.a) ET preceptúa que, aun en el caso de procedencia del acto extintivo el trabajador se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

El litigio planteado en la **STS de 12 de julio de 2004**, I.L. J 1627, versa sobre la impugnación del actor de la resolución del INEM que, en base a hallarse en alta en el Colegio de Abogados, revocaba otra anterior por la que se le habían concedido prestaciones por desempleo.

El problema del recurso queda circunscrito a decidir si el hecho de estar colegiado como Abogado impide acceder a la prestación por desempleo, quedando probado que no ha desarrollado ninguna actividad ni ha recibido ninguna suma de dinero.

El artículo 221 LGSS establece la incompatibilidad de la prestación o del subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia, sin embargo, el hecho de que el actor haya seguido abonando el Impuesto de Actividades Económicas, que grava el ejercicio de actividades profesionales o artísticas no presupone, necesariamente, la realización de un trabajo productivo, y la incompatibilidad viene establecida con la prestación de servicios y no con el pago del referido impuesto.

La colegiación supone el cumplimiento de un requisito necesario para poder ejercer la profesión, pero no supone que la misma se esté realizando.

Por tanto, que el demandante no haya podido llevar asuntos como Letrado no le incapacita para percibir la prestación de desempleo derivada de un despido del trabajo que realizaba por cuenta ajena.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

La cuestión que se somete a unificación en la STS de 29 de junio de 2004, I.L. J 1745, consiste en determinar el valor que debe atribuirse a las cotizaciones por la contingencia de jubilación abonadas por el INEM durante la percepción por el demandante del subsidio de desempleo para mayores de 52 años cuando éste solicita la pensión de jubilación con posterioridad a la entrada en vigor de la Disposición Adicional Vigésima Octava de la LGSS, incorporada por Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

En este caso, en el momento del hecho causante (fecha en que la demandante cumple 65 años), ya era de aplicación la DA Vigésima Octava LGSS que establece la falta de validez de las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora para acreditar el período mínimo de cotización exigido por el artículo 161.1.b) LGSS, que ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

F) Gestión, financiación y pago

El caso resuelto por el Tribunal Supremo en STS de 20 de septiembre de 2004, I.L. J 1230, versa acerca de la posibilidad de obtener la prestación por desempleo en su modalidad de pago único cuando se ha iniciado la actividad como socio de una Cooperativa de Trabajo Asociado en fecha anterior a la de la solicitud de la prestación.

El Tribunal Supremo, ajustándose al criterio mantenido por él mismo en pronunciamientos anteriores en unificación de doctrina entiende que:

“(…) lo que pretende el artículo del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único por el valor actual de su importe, como Medida de Fomento del Empleo, es incentivar el autoempleo, estimular la rápida iniciación de la actividad prevista (...), pero no impide expresamente, ni cabe inferirlo de su espíritu y finalidad, que una u otra se anticipen en el tiempo a un momento anterior al del percibo de la prestación”.

Por tanto, la norma fija el plazo máximo para solicitar la prestación, pero no prohíbe que la actividad comience antes. De lo contrario se daría la paradoja de que los trabajadores despedidos se vieran obligados a esperar para poder comenzar el trabajo, estando condicionados a la mayor o menor rapidez del Ente Gestor, lo que vulneraría el espíritu de esta medida.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

e') Gran invalidez

No obsta al reconocimiento de este grado de incapacidad el previsible fallecimiento próximo del beneficiario, esto es, aunque se entienda que no concurre el requisito de la “permanencia” en tal situación cuando el desenlace es previsible en fecha próxima. Ello por tratarse de un requisito artificial, al no poderse prever la duración de un proceso degenerativo por enfermedad por graves que sean las dolencias del beneficiario. Por ello es contrario a la lógica privar de la asistencia del incremento de la prestación que supone el reconocimiento de una gran invalidez, so pretexto de que su duración va a ser previsiblemente corta (STS de 11 de octubre de 2004, u.d., I.L. J 1424).

b) Requisitos del beneficiario

A efectos de la carencia específica exigida por el artículo 138 LGSS para el reconocimiento del derecho a la prestación por IT, la STS de 12 de julio de 2004, u.d., I.L. J 1198, aplica la “doctrina del paréntesis” cuando una vez acreditados los períodos de cotización requeridos para acceder a la prestación, los lapsus o pequeñas interrupciones en la larga inscripción en la Oficina de Empleo no manifiestan una falta de voluntad de trabajar y se consideran un paréntesis en el acreditado y suficiente período de cotización, lo que justifica que se erija tal período en un paréntesis que obliga a retrotraer la determinación del período de carencia específica al momento en que se dejó de prestar servicios retribuidos y cotizados a la Seguridad Social.

No obstante, la “doctrina del paréntesis” a efectos del cálculo de la base reguladora de una IP tiene una aplicación restrictiva para no vaciar aplicativamente el mandato del art. 140.4 LGSS. Para su aplicación es necesario que se trate de situaciones de incapacidad temporal previa –o de prórroga de la situación de incapacidad temporal ex artículo 131 bis.2 LGSS, siendo necesario que una y otra situación de invalidez no respondan a una patología distinta, pues en tales casos no existe conexión alguna ni continuidad causal entre las dos situaciones de invalidez. Consiguientemente, no concurre en otros supuestos ninguna de las razones sustanciales que anima a la doctrina del paréntesis a salvar la merma económica que causaría la integración de la laguna de cotización con las bases mínimas oportunas conforme al artículo 140.4 LGSS. En coherencia, cuando la invalidez provisional no antecede con carácter inmediato al hecho causante y no opera como una situación de tránsito a una IP, sino que se llega a ella directamente de la reanudación de la actividad laboral y de una situación de desempleo sin conexión alguna con la invalidez provisional que terminó años anteriores, no puede ser de aplicación la “doctrina del paréntesis” en relación a ese período (STS de 12 de julio de 2004, u.d., I.L. J 1750).

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Conforme al artículo 138 LGSS, el hecho de que un trabajador haya accedido a su jubilación impide el reconocimiento de una situación de IP, cuando cualquiera que sea la contingencia que lo origine, cuando el beneficiario en la fecha del hecho causante tenga la edad prevista en el artículo 161.1.a) LGSS (65 años) y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social (**STS de 17 de septiembre de 2004**, u.d., I.L. J 1484). Adviértase que el régimen jurídico vigente deja 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.

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

La prestación de la IPP consiste en una cantidad a tanto alzado equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que haya servido para determinar la prestación económica por IT de la que deriva (artículos 9 y 13 D 1646/1972). Esta base se determina incluyendo los pluses o incentivos vinculados a la actividad que se perciben en cuantía muy variable (por vincularse a la productividad), pero que tienen una periodicidad mensual en su devengo (por tanto no se aplican las reglas de cálculo relativas a los conceptos retributivos de periodicidad en su devengo superior a la mensual o que no tienen carácter periódico). A ello no obsta que el incentivo del mes anterior al inicio de la IT alcance una cuantía mucho más elevada que la de meses anteriores (**STS de 9 de julio de 2004**, u.d., I.L. J 1747).

b') Base reguladora de las prestaciones

La corrección por parte de la entidad gestora de una interpretación o aplicación de la ley (en cuanto a la determinación de la base reguladora) que posteriormente se declara no ajustada a derecho debe practicarse sin limitar temporalmente la revisión o corrección efectuada a los tres meses anteriores a la solicitud de revisión del contenido económico de la prestación inadecuadamente fijado. Los efectos de la revisión de la cuantía de una pensión se retrotraen a la fecha inicial aunque el tiempo transcurrido entre el efecto inicial de la pensión propiamente dicha y la fecha en que la revisión de su cuantía se solicite. La retroacción de los tres meses a que se refiere el artículo 43.1 LGSS únicamente afecta a los efectos del reconocimiento de la prestación como tal, pero una vez que ésta ha sido reconocida, ya no existe norma alguna que limite temporalmente los efectos de la revisión de su cuantía. Es la entidad gestora la que debe responder del desajuste interpretativo, “independientemente de la prescripción que en su caso pudiera operar frente a las concretas percepciones de la prestación económica” (**STS de 14 de julio de 2004**, u.d., I.L. J 1334).

d) Dinámica de la protección

El INSS está obligado a resolver toda solicitud de revisión presentada antes de que el beneficiario cumpla los 65 años de edad (ex artículo 143.2 LGSS) y no podrá denegarla por

el solo hecho de que aquél alcance dicha edad antes de que se resuelva su solicitud (STS de 17 de septiembre 2004, u.d., I.L. J 1632).

B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

En una interpretación más favorable al beneficiario y en concordancia con los “mayores gastos de familia” que produce esta situación, a efectos de reconocer el complemento del 50 por 100 de la pensión para atender a la ayuda de tercera persona (gran invalidez no contributiva) (artículo 145.6 LGSS), condicionado a la carencia de rentas o ingresos suficientes [artículo 144.1.d) LGSS: la suma de los ingresos ha de ser inferior al importe de la prestación] se entiende esta remisión referida al límite de la cuantía incrementada de la propia prestación, de la que también forma parte el incremento, y no exclusivamente a su cuantía básica, STS de 23 de junio de 2004, u.d., I.L. J 1243.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

La STS de 13 de julio de 2004, I.L. J 1753, pese a que determina la falta de admisión del recurso por no existir contradicción y, cuando además –y esto es de destacar en esta materia–, la materia debatida es fundamentalmente de valoración casuística, por lo que en esta materia cada Sala pondera las circunstancias del supuesto concreto, es interesante por la valoración que realiza sobre la aplicación de la denominada “doctrina humanizadora”, sobre la exigencia de los requisitos de encontrarse en alta o situación asimilada de alta en la Seguridad Social. La misma razona y reitera la necesidad de considerar la vida laboral del causante, para la aplicación de esta doctrina flexibilizadora del requisito de alta o asimilada; situación que determina su no aplicación en el supuesto alegado en la sentencia de contraste, en el que el causante deja de ser demandante de empleo –con posibilidad de oferta– y, sin que las enfermedades o secuelas que quedan probadas pudieran impedir tales circunstancias, y cuando además al finalizar las prestaciones de desempleo no se procedió a la petición de invalidez.

D) Dinámica de la protección

En relación con el derecho a la pensión de orfandad, extinguido el disfrute de la misma por haber cumplido la edad de 18 años, que posteriormente se reanuda –con abono de los atrasos correspondientes–, en virtud de la ampliación cronológica prevista en la Ley 24/1997 –con entrada en vigor el 5 de agosto–, la STS de 14 de octubre de 2004, I.L. J 1771, reitera la doctrina –ya comentada en estas páginas– que señala que lejos de ha-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

llarnos ante una pensión ya reconocida que hubiera sido declarada en suspenso, nos encontramos ante la extinción de una primera prestación que se le concedió al actor con el límite de edad del beneficiario situado en los 18 años, y el nacimiento de una prestación nueva, que se origina con la Ley 24/1997, y que cuenta con unos límites y condiciones distintas, sin que la forma configuradota incluya previsión alguna que altere las reglas comunes para acceder a la prestación —artículo 43 LGSS—. Por todo ello, la ampliación de la edad constituye un nuevo derecho, por lo que no cabe pedir la reanudación de la pensión de orfandad que se venía percibiendo hasta el cumplimiento de la edad de 18 años, sino que es preciso realizar una nueva solicitud de derecho a la pensión ajustándose a las nuevas previsiones de la Ley 24/1997.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**Sumario:**

1. Cuestión preliminar. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. Actas de liquidación. 3. Derecho Administrativo Sancionador. A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo.

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

El objetivo de esta crónica consiste en dar a conocer los pronunciamientos judiciales que en relación con el Derecho Administrativo Laboral aparecen reproducidos en los números 9, 10, 11 y 12 (2004) de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, así como las diversas sentencias que sobre la misma materia ha dictado la Sala Tercera del Tribunal Supremo y que, al menos de momento, no han sido objeto de publicación en la citada revista. En este último caso, como de costumbre, tales pronunciamientos vienen identificados mediante la referencia al número de recurso.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: ACTAS DE LIQUIDACIÓN

De entrada, por lo que respecta a la jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social, debe efectuarse una referencia prácticamente exclusiva a ciertas cuestiones relacionadas con las actas de liquidación.

Así, en primer lugar, una vez más resultan abundantes en este terreno los pronunciamientos del Tribunal Supremo que se encargan de reiterar las reglas a seguir en la cuantificación económica de las pretensiones impugnatorias de tales actas a los efectos de acceso a los recursos de casación y casación para la unificación de la doctrina.

En este sentido, de un lado, se encuentra la relativa a que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tenerse en cuenta son las mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes a mes,

y no por períodos de tiempo diferentes. Así lo recuerda la **STS de 14 de julio de 2004**, I.L. J 1699, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 2656/2001; la **STS de 16 de julio de 2004**, I.L. J 1701, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 1331/2001; **STS de 9 de septiembre de 2004**, I.L. J 1385; **SSTS de 13 de septiembre de 2004**, I.L. J 1387 y 1389, la última ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 58/2002; **STS de 14 de septiembre de 2004**, I.L. J 1392; **SSTS de 15 de septiembre de 2004**, I.L. J 1394, 1395 y 1398; **STS de 21 de septiembre de 2004**, I.L. J 1399, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 7200/2000; **STS de 28 de septiembre de 2004**, I.L. J 1704, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 60/2002; **STS de 5 de octubre de 2004**, I.L. J 1599, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 169/2003; **SSTS de 19 de octubre de 2004**, I.L. J 1602 y 1605, la primera ya comentada en la crónica anterior con referencia al número de recurso 264/2002; **STS de 26 de octubre de 2004**, I.L. J 1606; **STS de 23 de noviembre de 2004** (recurso de casación en u.d. 3/2003); **STS de 14 de enero de 2005** (recurso de casación en u. d. 225/2003); **STS de 18 de enero de 2005** (recurso de casación 198/2002), todas de la Sala Tercera.

De otro, estaría la referencia a que en la cuantificación únicamente se toma en consideración el débito principal (cuota) pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad. Las sentencias en este sentido son igualmente numerosas: **SSTS de 14 de septiembre de 2004**, I.L. J 1391 y 1392, ya comentadas en la crónica anterior bajo las referencias a los números de recurso 88/2002 y 373/2003, respectivamente; **STS de 15 de septiembre de 2004**, I.L. J 1308; **STS de 21 de septiembre de 2004**, I.L. J 1399, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 7200/2000; **STS de 5 de octubre de 2004**, I.L. J 1599, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 169/2003; **SSTS de 19 de octubre de 2004**, I.L. J 1602 y 1605, la primera ya comentada en la crónica anterior con referencia al número de recurso 264/2002; **STS de 26 de octubre de 2004**, I.L. J 1606; **STS de 23 de noviembre de 2004** (recurso de casación en u. d. 3/2003); **STS de 18 de enero de 2005** (recurso de casación 198/2002), todas de la Sala Tercera.

La mayor parte de las sentencias reseñadas en los dos párrafos precedentes, por lo demás, reiteran algo de sobra conocido: la insuficiencia de la cuantía litigiosa para recurrir, que, inicialmente, constituye causa de inadmisión del recurso, se convierte en trámite de sentencia en causa de desestimación; por otra parte, todo ello resulta controlable de oficio, aunque no se haya denunciado expresamente. Junto a lo anterior, alguna sentencia recoge un criterio adicional, si bien en absoluto novedoso: la irrelevancia a efectos de la admisibilidad del recurso que lo impugnado sean las liquidaciones por parte del inicial deudor o el requerimiento de pago efectuado al responsable solidario (**STS de 18 de enero de 2005**, recurso de casación 198/2002, Sala Tercera).

En segundo lugar, resultan igualmente abundantes los pronunciamientos relativos al régimen de recursos aplicable a los procesos que versan sobre liquidación de actas cuando

XI. Administración Laboral

la sentencia ha sido dictada por un Tribunal Superior de Justicia tras la entrada en vigor de la Ley 29/1998 pero resolviendo procesos pendientes a dicho momento y que, en la actualidad, por aplicación de la normativa mencionada, serían competencia en la instancia de los Juzgados de lo contencioso-administrativo. Al respecto, ya se sabe, pues así se viene recordando en múltiples crónicas anteriores, en las cuales se recoge una línea más que consolidada en el Tribunal Supremo, que el régimen de recursos para estas sentencias es el fijado en la Ley 29/1998 para las sentencias de segunda instancia, las cuales no resultan recurribles en casación, sea ordinaria o en unificación de doctrina. En este sentido cabe citar la **STS de 14 de julio de 2004**, I.L. J 1699, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 2656/2001; **STS de 10 de septiembre de 2004**, I.L. J 1386; **STS de 13 de septiembre de 2004**, I.L. J 1387; **SSTS de 14 de septiembre de 2004**, I.L. J 1391, 1392 y 1702, las dos primeras ya comentadas en la crónica anterior bajo la referencia a los números de recurso 88/2002 y 373/200, respectivamente; **STS de 15 de septiembre de 2004**, I.L. J 1395; **STS de 21 de septiembre de 2004**, I.L. J 1399, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 7200/2000; **STS de 28 de septiembre de 2004**, I.L. J 1704, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 60/2002; **STS de 5 de octubre de 2004**, I.L. J 1599, ya comentada en la crónica anterior con la referencia al número de recurso 169/2003; **STS de 19 de octubre de 2004**, I.L. J 1605; **STS de 26 de octubre de 2004** (I.L. J 1606); **STS de 23 de noviembre de 2004** (recurso de casación en u.d., 3/2003), todas de la Sala Tercera.

El interés de la jurisprudencia en esta materia relacionada con las actas de liquidación no se agota en las cuestiones relativas al régimen de recursos y el cálculo de la cuantía litigiosa a efectos de determinar la procedencia de los mismos. En efecto, existen otros aspectos que también son objeto de tratamiento en sede judicial. Así sucede, por ejemplo, en relación con los requisitos de formalización de las actas de liquidación, una cuestión a la que se refiere la **STS de 14 de septiembre de 2004**, I.L. J 1391, ya comentada en la crónica anterior donde aparecía identificada por la referencia al número de recurso 88/2002, donde se aborda el tema relativo a la exigencia de identificar los medios de comprobación empleados por el inspector actuante, así como el valor complementario de los informes ulteriores que dicho sujeto pueda emitir. La misma sentencia, por otra parte, se detenía en la cuestión del carácter no sancionador del procedimiento de liquidación a efectos de justificar alguna de sus decisiones.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento Sancionador

El capítulo de pronunciamientos relacionados con el procedimiento administrativo sancionador resulta mucho más reducido, pues tan sólo cabe mencionar un par de sentencias.

En primer lugar, se encuentra la **STS de 8 de julio de 2004**, I.L. J 1697, ya comentada en la crónica anterior. Este pronunciamiento delimitaba el ámbito de aplicación del proceso de oficio previsto en el artículo 149.1 LPL. Si se recuerda, la sentencia en cuestión aseveraba que el nacimiento de la obligación de la autoridad laboral de incoar el proceso

de oficio se encuentra vinculado, simplemente, al hecho de que el acta de infracción sea impugnada con base en alegaciones dirigidas a desvirtuar la naturaleza laboral de la relación inspeccionada, sin que resulte indispensable la aportación de pruebas sobre la inexistencia del vínculo laboral.

La segunda sentencia a destacar es la **STS de 22 de noviembre de 2004**, recurso de casación en interés de ley número 10/2004, en la que se abordan las consecuencias de la incoación de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador relativos ambos a los mismos hechos.

La base fáctica de esta sentencia se relaciona con el incumplimiento de ciertas obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales por parte de una empresa del que se derivaron determinados daños para un trabajador. La conducta empresarial originó, por un lado, la imposición de una sanción administrativa por la autoridad laboral tras la tramitación del oportuno procedimiento administrativo sancionador; por otro, un procedimiento penal abierto por el trabajador lesionado. La sanción administrativa fue impugnada en sede contenciosa, donde el juzgado competente procedió a anularla. La respuesta judicial se basa en la afirmación de que la aplicación del principio *non bis in idem*, en función de lo dispuesto en el artículo 3.2 LISOS, no da lugar sólo a que un procedimiento administrativo deba paralizarse si se ha iniciado un procedimiento penal, sino también a que, existiendo identidad de hechos y pudiendo éstos dar lugar a un ilícito penal, la conducta de la autoridad administrativa debe ser la de pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal o al Ministerio Fiscal.

La autoridad laboral interpone frente a la resolución judicial indicada un recurso de casación en interés de ley, a cuyo efecto señala, de un lado, que la resolución sancionadora era previa a la denuncia penal, así como que la Inspección no apreció indicios de delito; de otro, considera que la sentencia impugnada resulta gravemente dañosa para el interés general y solicita que se fije doctrina, según la cual, para apreciar la existencia de vulneración del principio *non bis in idem* cuando no ha recaído todavía resolución judicial en el ámbito penal se hace preciso que la posible relación de prejudicialidad penal se evidencie de lo contenido en las propias actuaciones administrativas y que esta relación de prejudicialidad tenga una especial intensidad, de modo que de ser ciertos los hechos de la resolución administrativa sancionadora se haya producido necesariamente la comisión de un delito. El Ministerio Fiscal, por su parte, informó que la resolución no era gravemente dañosa para el interés general, por lo que no procedería el recurso.

Pues bien, así las cosas, la sentencia comentada asume el criterio manifestado por el Ministerio Fiscal, de manera que procede a desestimar el recurso interpuesto, si bien deja escapar su disconformidad con la solución adoptada en la instancia:

“(…) debe compartirse el juicio que se contiene en el informe del Ministerio Fiscal. La Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo a la que se refiere este proceso no contiene una doctrina gravemente dañosa para el interés general porque,

XI. Administración Laboral

siempre a tenor del informe del Ministerio Fiscal, hay que apreciar que no establece una doctrina legal generalizable sino que se limita a resolver un caso concreto. De ello se deduce que debemos desestimar el recurso de casación en interés de ley interpuesto, y que por tanto no debemos declarar la doctrina legal que se solicita. Sin embargo, al resolver de este modo, nos estamos ateniendo a las reglas por las que se rige el recurso de casación en interés de ley, pero ello no significa que por esta Sala se comparta el criterio del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Pues no basta que los hechos acaecidos puedan dar lugar a una hipotética y eventual calificación de la conducta de los sujetos como subsumible en un tipo penal, siendo necesario que se evidencien al menos algunas circunstancias que así lo avalen aunque no sea con especial intensidad, y ello cuando no exista abierto un procedimiento penal por los mismos hechos en el momento de imponerse la sanción, pues en tal caso sería obligado paralizar la tramitación del procedimiento administrativo”.

B) Actas de la Inspección de Trabajo

El valor probatorio de las actas extendidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es objeto de tratamiento en la STSJ de Navarra de 28 de mayo de 2004, I.L. J 1296, aunque que no de modo principal, sino al hilo de un proceso en el que se discutía la naturaleza laboral o no de las actividades de “alterne” desarrolladas en un local por determinadas personas. La sentencia del Juzgado de lo Social recurrida había reconocido el carácter laboral de la prestación de servicios, entre otras cosas, con apoyo en las actas levantadas por la Inspección.

La empresa, ya en suplicación, argumenta que la presunción de certeza de dichas actas sólo puede extenderse a aquello que haya sido verificado de modo escrupuloso y median-do el principio de inmediación, requisitos que no concurrirían a su juicio en el supuesto enjuiciado. Frente a ello, el TSJ afirma que:

“en el caso presente la Inspección comprobó que las empleadas individualmente identificadas al levantar el acta, estaban efectivamente en el local de alterne que regenta la recurrente, el modo peculiar en que iban vestidas y el sistema de cobro a los clientes por comisión, deduciendo de esos extremos que se dedicaban a la actividad de alterne por cuenta del titular del establecimiento. La conclusión está fundada y es lógica y racional. La caracterización de la actividad por el acta de inspección se deduce de modo directo de la situación misma constatada y no podía ser otra de las circunstancias concurrentes, constitutiva de un legítimo medio de prueba previsto en nuestro ordenamiento jurídico”.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER
AMPARO ESTEVE SEGARRA

XII. EL PROCESO LABORAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Competencia de los tribunales españoles. Contrato de trabajo celebrado en el extranjero por española. B) Mantenimiento en alta en la Seguridad Social: competencia del orden social. Incompetencia respecto de las cuotas devengadas. C) Competencia territorial. No apreciable de oficio. No cabe sumisión expresa. D) Actividad de “alterne”. Relación laboral. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia. Gestión recaudatoria. 4. Conciliación extrajudicial. Despido.** A) Ofrecimiento de readmisión no aceptada por el trabajador. B) Oferta de cuantía global: indemnización y finiquito. No es eficaz *ex artículo 56.2 ET*. **5. Demanda. Modificación. 6. Excepciones.** A) Falta de legitimación activa. Sindicato. B) Litisconsorcio pasivo necesario. C) Litispendencia. D) Cosa juzgada. E) Prescripción. F) Falta de acción. G) Inadecuación de procedimiento. **7. Práctica de la prueba.** A) Denegación. Indefensión. B) Prueba pericial. Principio de concentración. C) Testifical. Miembro del Comité de Empresa. D) Carga de la prueba. E) Valoración de la prueba. Facultad del Juez *a quo*. Interpretación en materia de convenios colectivos. **8. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Motivación. **9. Despido. Salarios de tramitación.** A) Descuento de lo percibido en otro empleo. Ejecución de sentencia. B) Salario regulador. Excedencia por cuidado de hijos. C) Desempleo. Incompatibilidad. **10. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Cuantía litigiosa. B) Falta de motivación. C) Depósito para recurrir. Beneficio de justicia gratuita. **11. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción. Requisitos materiales. B) Escrito de preparación. C) Escrito de interposición. D) Cuantía litigiosa. Cuotas adeudadas a la Seguridad Social. E) Contenido casacional. **12. Recurso de casación. Defectos en la formalización. 13. Recurso de revisión.** A) Maquinación fraudulenta. B) Documentos que habilitan el recurso. **14. Recurso de amparo. Agotamiento de la vía judicial previa. 15. Ejecución de sentencia. Devolución capital coste pensión.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica jurisprudencial analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones relativas al proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 9 a 12 (ambos inclusive) del año 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Competencia de los tribunales españoles. Contrato de trabajo celebrado en el extranjero por española

La STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1558, desestima el recurso planteado por el Instituto Cervantes INC. USA en el que se alega la incompetencia de los juzgados y tribunales españoles para resolver la cuestión planteada; esto es, la reclamación de una prestación por maternidad de una empleada española del Instituto Cervantes de Nueva York cuyo contrato de trabajo estaba sometido a la ley de Nueva York. Aduce el TSJ, para declarar la competencia territorial de los tribunales españoles, la existencia de un nexo de conexión con el territorio español, al ser el Instituto Cervantes en España el realmente encargado de decidir la contratación de personal del Instituto Cervantes INC. USA, las vacaciones de dicho personal, su retribución y demás cuestiones laborales, lo que conlleva necesariamente a declarar la competencia de los tribunales españoles (pese a que la legislación aplicable sea la del Estado de Nueva York) en virtud de lo previsto en el Reglamento (CE) número 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000.

B) Mantenimiento en alta en la Seguridad Social: competencia del orden social. Incompetencia respecto de las cuotas devengadas

Una vez más, el TS confirma su doctrina, ya asentada por el pleno de la Sala Cuarta en 29 de abril de 2004, mediante la STS de 12 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1461, determinando que, respecto a la cuestión de si la jurisdicción social es la competente para resolver si la actora en este supuesto tenía o no derecho a permanecer en alta en Seguridad Social, debe darse una respuesta afirmativa por cuanto la ley reconoce expresamente el derecho de los asegurados en el RGSS (arts. 13.3 y 100.2 LGSS) a “instar su afiliación, alta o baja directamente al organismo competente” cuando entiendan que el empresario ha incumplido el deber de solicitarla que la propia ley pone a su cargo como responsable principal. En cambio, el examen de la cuestión competencial en materia de cuotas devengadas conduce a declarar que el conocimiento de la misma no compete a este orden social de la jurisdicción sino a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Las razones de esta atribución pueden resumirse del siguiente modo: 1) la gestión recaudatoria está excluida del orden social ex art. 3.1.b) LPL, no limitándose 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; 2) esta acepción amplia de

XII. El Proceso Laboral

recaudación permite excluir del orden social en general toda gestión que se conecta con la denominada recaudación en período voluntario, y 3) no es conveniente separar la actividad de cobranza y la actividad de determinar si la cobranza fue indebida, asignando a órdenes jurisdiccionales diversos lo que participa de una única y real naturaleza.

C) Competencia territorial. No apreciable de oficio. No cabe sumisión expresa

La STS de 23 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1405, reitera la doctrina de la STS de 16 de febrero de 2004 –deliberada y aprobada en sesión del pleno– en la que se afirma, con carácter previo, el carácter dispositivo de las reglas de competencia territorial: los órganos jurisdiccionales del orden social no pueden apreciar de oficio la competencia territorial. Adicionalmente, la sentencia asevera que la sumisión expresa a una jurisdicción no puede ser aceptada en el ámbito de las relaciones laborales debido a que, dada su situación de preeminencia y superioridad, el empresario puede forzar al trabajador a someterse a una jurisdicción que le resulte especialmente dificultosa. No obstante, no cabe mantener el mismo criterio respecto a la sumisión tácita, ya que ésta no potencia la situación de prevalencia del empresario y, además, al contrario de lo que ocurre respecto de la sumisión expresa, la sumisión tácita opera sobre un proceso ya iniciado, por lo que al demandado le es posible valorar las consecuencias de la misma.

D) Actividad de “alterne”. Relación laboral

La STSJ de Navarra de 28 de mayo de 2004, Sala de lo Social, I.L. J 1296, siguiendo la línea jurisprudencial de las SSTS de 4 de febrero de 1988, 13 de marzo de 1997 y 15 y 20 de octubre de 1998, entiende que en este supuesto en el que se presenta demanda de oficio por la inspección de trabajo, ha de estimarse la existencia de relación laboral entre los titulares de un establecimiento abierto al público y las señoritas que de forma, más o menos permanente, prestan servicios en el mismo recibiendo una retribución por comisión y participación en el importe de las consumiciones o servicios a los clientes. El TS apostilla, adicionalmente, que respecto al requisito de la “dependencia” el hecho de que las empleadas pudieran gozar de cierta flexibilidad de horario y de permanencia en los locales, no desvirtúa la relación laboral.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA. GESTIÓN RECAUDATORIA

Las SSTS de 17, 23 y 27 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1209, 1311 y 1320, recuerdan que es el orden contencioso-administrativo y no el social el competente para declarar la existencia de la obligación de cotizar y la determinación de su importe. Así, se unifica una vez más la doctrina en el sentido de entender que la incompetencia del orden social sobre materia de gestión recaudatoria incluye la declaración sobre la existencia de obligación de cotizar y la determinación de su cuantía.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. DESPIDO

A) Ofrecimiento de readmisión no aceptada por el trabajador

De nuevo, la STS de 24 de mayo de 2004, Sala de lo Social, I.L. J 1732, reafirma la doctrina del TS —entre otras, la recogida en la STS de 6 de abril de 2004— por la que se establece que la negativa del trabajador a aceptar el ofrecimiento de readmisión una vez roto el vínculo contractual, no puede implicar la pérdida de la acción de despido, pues una vez constituida la relación jurídico procesal, ésta debe desembocar en la decisión judicial calificando el acto extintivo unilateral del empresario y, en su caso, la restauración del vínculo contractual, reparando los perjuicios causados, salvo desistimiento posterior del trabajador. Por ello, no cabe que una decisión unilateral empresarial posterior, ofreciendo la readmisión, establezca un vínculo contractual ya roto e inexistente.

B) Oferta de cuantía global: indemnización y finiquito. No es eficaz *ex artículo 56.2 ET*

La STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004, I.L. J 1724, analiza la efectividad del ofrecimiento por el empresario en conciliación administrativa de una cantidad global —que incluye saldo y finiquito— a los efectos de limitar los salarios de tramitación. La Sala considera que una oferta en tales términos no puede considerarse aceptable a la luz de las exigencias y finalidad del precepto, pues la inclusión de la cuantía del finiquito introduce en la posible conciliación un elemento distorsionador de la misma, respecto de la cual no se puede exigir a la contraparte ninguna actitud de aceptación o rechazo dada la indefensión que ello le produciría en relación con aquel otro posible litigio sobre los salarios pendientes de pago. Por ello, no resulta de aplicación lo previsto en el art. 56.2 ET.

5. DEMANDA. MODIFICACIÓN

La STSJ de Murcia de 21 de junio de 2004, I.L. J 1500, considera que no se produce modificación de la demanda en un supuesto en el que, si bien en el suplico no se recoge una de las peticiones realizadas por la demandante en los hechos de la demanda, es aclarada por la misma en el acto del juicio.

6. EXCEPCIONES

A) Falta de legitimación activa. Sindicato

La STS de 21 de septiembre de 2004, Sala Tercera, I.L. J 1703, considera que, ante la alegación por la parte contraria de falta de legitimación activa, el sindicato alegó interés en relación con los trabajadores, por lo que el órgano judicial debió haber concedido un plazo de subsanación para acreditar dicha legitimación. Cita esta sentencia la doctrina del TC a este respecto (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, 7/2001, de 15 de enero,

XII. El Proceso Laboral

24/2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de octubre y 10/2003, de 20 de enero) precisando que entre el sindicato que ejercita la acción y el objeto del debate, debe existir un vínculo especial y concreto “(...) traducible en una ventaja o beneficio derivado de la eventual estimación del recurso entablado en función de los intereses profesionales o económicos que aquél representa (...)”.

B) Litisconsorcio pasivo necesario

La STS de 16 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1759, señala que existe litisconsorcio pasivo necesario de la empresa empleadora, siendo preciso llamarla a los procesos sobre la declaración de incapacidad permanente por accidente de trabajo, aunque ésta haya cumplido con sus obligaciones de aseguramiento y de cotización, ya que las consecuencias de la sentencia le vincularían con una intensidad tan real que su ausencia podría lesionar grave e irremediamente su derecho a la defensa.

C) Litispendencia

La STS de 6 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1249, al resolver el recurso de casación interpuesto, considera que la AN estimó erróneamente la excepción de litispendencia en relación con otro procedimiento de conflicto colectivo, al considerar que no se puede sostener la identidad subjetiva entre los dos procedimientos aunque la mayor parte de los litigantes fueran los mismos. Sin embargo, la STS de 8 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1685, confirma la excepción de litispendencia estimada por la Sala de lo Social de la AN, en un supuesto de impugnación de un pacto colectivo del que se derivan tres procedimientos diferenciados, y recuerda que la identidad para apreciar litispendencia y cosa juzgada no puede ser exigida de forma rígida y literal, sino que es preciso atender sobre todo, a su esencia fundamental y a la finalidad que persiguen. Por otra parte, la STS de 30 de noviembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1491, dictada en unificación de doctrina, considera que no cabe apreciar litispendencia si existe un conflicto colectivo que pueda tener incidencia en procedimientos individuales sobre el mismo asunto, sino proceder a la suspensión de dichos procedimientos individuales.

D) Cosa juzgada

La STS de 16 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1256, desestima el recurso de casación interpuesto y reitera su jurisprudencia anterior (STS de 13 de junio de 1995): el proceso colectivo terminado por sentencia, en el cual la acción ejercitada por un sindicato tiene la correspondencia con el ámbito del conflicto, es acción en favor de todos los trabajadores afectados y la sentencia que recae tiene efecto de cosa juzgada sobre todos los procedimientos individuales. Asimismo, la STS de 30 de septiembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1492, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el recurrente, contra la sentencia de instancia que apreció de oficio la existencia de cosa juzgada en un procedimiento de reclamación de cantidad contra una persona física y el FOGASA, y otro procedimiento por despido improcedente en el que le fue reconocida la misma cantidad, pero que fue archivado sin que llegara a cobrar dicho importe.

E) Prescripción

La STS de 26 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L.J. 1338, confirmando su doctrina anterior recuerda que la cesión de los contratos de trabajo por novación subjetiva del empleador, requiere el consentimiento del trabajador, siendo de un año el plazo de prescripción para oponerse a tal novación. Sin embargo, y en relación con los procedimientos de oficio del art. 149.1 LPL, la STS de 12 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L.J. 1412, dictada en unificación de doctrina, considera que el plazo de prescripción aplicable es el de cuatro años previsto en el art. 21.1.c) LGSS, y no el del art. 59 ET referido a acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial. Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de julio de 2004, I.L.J. 1443, establece que el plazo de prescripción aplicable a la reclamación de diferencias retributivas pactadas en un acuerdo de prejubilación por el que se extingue o suspende el contrato de trabajo hasta la efectiva jubilación del trabajador, es el de un año previsto en el art. 59 ET y no el de 15 años establecido en el art. 1964 CC, al no poder desvincularse dicho acuerdo de prejubilación del contrato de trabajo, en el que tiene su origen. La STSJ de Valencia de 3 de febrero de 2004, I.L.J. 1714, desestima la excepción de prescripción alegada por el trabajador, y recuerda la jurisprudencia del TS (por todas, la STS de 19 de septiembre de 1999), por la que se establece que la interrupción de la prescripción prevista en el art. 1973 CC, no pierde eficacia por el desistimiento posterior de dicha demanda. Por su parte, la STS de 17 de septiembre de 2004, Sala Cuarta, I.L.J. 1479, dictada en unificación de doctrina, considera que el plazo de prescripción para el reintegro de cantidades indebidamente percibidas del INSS es de 5 años (4 en la actualidad), sin que sea de aplicación el plazo de 3 meses establecido previamente por el TS en base a criterios de equidad, al haber sido superada dicha jurisprudencia por una norma con rango de ley. Asimismo, la STSJ de Asturias de 25 de junio de 2004, I.L.J. 1572, establece que la tramitación del procedimiento concursal interrumpe el cómputo de la prescripción de la acción, manteniéndose la interrupción hasta la conclusión del procedimiento. Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de julio de 2004, I.L.J. 1451, recuerda que el plazo de inicio de cómputo de la prescripción (*dies a quo*) de las acciones derivadas de un conflicto colectivo es el de la firmeza de la sentencia dictada en dicho conflicto. El cómputo del plazo de la prescripción para reclamar salarios comienza cuando, una vez devengados, el empresario no los abona en plazo legalmente establecido. Ésta es la conclusión que alcanza la STSJ de Navarra de 5 de mayo de 2004, I.L.J. 1294.

F) Falta de acción

La STSJ de Madrid de 25 de junio de 2004, I.L.J. 1509, estima la falta de acción alegada por la Comunidad Autónoma de Madrid y UGT contra la organización sindical CSIT Unión Profesional, que interpuso demanda de conflicto colectivo sin haber agotado todos los cauces de diálogo y negociación, pese a haberse obligado a ello mediante pacto.

G) Inadecuación de procedimiento

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de junio de 2004, I.L. J 1527, considera que no debe apreciarse la existencia de la excepción de inadecuación de procedimiento en un caso de conflicto colectivo, si el grupo de afectación demandante tiene carácter genérico, aunque los efectos del mismo puedan extenderse a otros colectivos. Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de julio de 2004, I.L. J 1587, considera que es inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo, en un supuesto en el que se pide la condena de la empresa a fijar un determinado calendario de vacaciones: tal decisión no afecta a la generalidad de la empresa, tratándose del interés personal y particular de cada trabajador que se juxtapone y se suma a los de los demás trabajadores.

7. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Denegación. Indefensión

En un litigio en el que el Magistrado de instancia denegó la práctica de determinada prueba documental, la STC 121/2004, de 12 de julio, recurso de amparo 949/2003, I.L. J 1307, acoge el amparo solicitado por el actor al entender que la inadmisión podría haber repercutido en la valoración probatoria. Destaca esta sentencia por citar y sintetizar la uniforme doctrina constitucional en materia de derecho de prueba: a) atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, “(...) entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (...)”; b) la prueba se tiene que haber solicitado en la forma y momento legalmente previstos; c) sólo son admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento; d) corresponde a los Tribunales examinar su legalidad y pertinencia, y e) es necesario que la ausencia de su práctica haya producido indefensión a la parte. En definitiva, en el presente caso, como quiera que el recurrente en amparo razona la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar, argumentando de forma convincente que la resolución final del proceso en la instancia le podría haber sido favorable de haberse admitido y practicado la prueba solicitada, el TC estima el amparo por vulneración del art. 24 CE y anula las sentencias recaídas en el proceso a fin de que el Juzgador a quo se pronuncie sobre la solicitud de prueba en cuestión. Sin embargo, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de junio de 2004, I.L. J 1437, desestima la petición de nulidad de la sentencia, pues aun cuando la prueba solicitada (certificación del INEM respecto a la suscripción de determinados contratos de trabajo) fue denegada incorrectamente, dicha irregularidad no causó indefensión a la parte, al ser irrelevante para el signo del pronunciamiento a dictar.

B) Prueba pericial. Principio de concentración

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 19 de mayo de 2004, I.L. J 1280, desestima el motivo del recurso de suplicación por el cual la empresa solicitaba nulidad de actuaciones por infracción de los arts. 336.3 y 337 LEC 1/2000. Estos artículos disponen la aportación de las pruebas periciales con la demanda o contestación, o su anuncio para aportación posterior cuando no se puedan aportar junto con la demanda o contestación. Razona el TSJ que el

proceso laboral se rige por la LPL y subsidiariamente por la LEC. En este sentido, como quiera que el art. 82.2 LPL establece que los litigantes deben comparecer a juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse y el art. 87 LPL dispone que se admitirán las pruebas que se soliciten y puedan practicarse en el acto de juicio, lo establecido a este respecto en la LEC –prueba pericial escrita anticipada con la demanda– choca con tales disposiciones y con dos de los principios del proceso laboral: oralidad y concentración.

C) Testifical. Miembro del Comité de Empresa

Un miembro del comité de empresa no puede deponer como testigo en un procedimiento de conflicto colectivo instado por el propio comité, al no ostentar la condición de tercero. Ésta es la conclusión que se alcanza en la **STSJ de Navarra de 28 de julio de 2004**, I.L. J 1585.

D) Carga de la prueba

Al amparo de lo previsto en el art. 217.2 LEC, quien reclama diferencias retributivas en concepto de horas de espera y de presencia, dietas y nocturnidad, debe probar que realmente ha devengado dichos conceptos. Así lo declara la **STSJ de La Rioja de 8 de julio de 2004**, I.L. J 1496. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Galicia de 7 de abril de 2004**, I.L. J 1498, respecto del disfrute del uso de una plaza de garaje, pues incumbe al actor la carga de probar la certeza de los hechos constitutivos del derecho que reclama y al demandado los impeditivos y extintivos.

E) Valoración de la prueba. Facultad del Juez *a quo*. Interpretación en materia de convenios colectivos

La **STS de 12 de julio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1629, citando expresamente la **STS de 15 de mayo de 2004**, expone que “(...) en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (...)”.

8. SENTENCIA

A) Incongruencia

a) Existencia

La **STS de 12 de julio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1462, declara la nulidad de la sentencia dictada por el TSJ, al no haber resuelto realmente los dos motivos de suplicación en un procedimiento sobre invalidez, incurriendo, en consecuencia, en incongruencia omisiva.

b) Inexistencia

Con cita de varias SSTS, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2004**, I.L. J 1358, declara la inexistencia de incongruencia de la sentencia recurrida y razona que “(...) no es incongruente que el Juez aplique por derivación las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas en normas de derecho necesario (...) o, que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso (...)”. No existe incongruencia interna según declara la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de abril de 2004**, I.L. J 1349: a juicio de la Sala, los razonamientos de la sentencia son coherentes con lo decidido. Tampoco existe incongruencia omisiva en el supuesto analizado por al **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de julio de 2004**, I.L. J 1443, porque el Juzgador a quo, acogiendo la excepción de prescripción, razona suficientemente este instituto de conformidad con lo dispuesto en el art. 59 ET, lo que comporta, aun de forma implícita, rechazar de forma razonada las alegaciones del recurrente.

B) Motivación

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1453, entiende que, en el proceso por despido en el que recayó un fallo de procedencia, la sentencia está suficientemente motivada: explica las funciones del actor, los incumplimientos cometidos en relación con las mismas, toda la prueba considerada para tener por acreditados los incumplimientos y la calificación de éstos de conformidad con la normativa aplicable. Tampoco estima la falta de motivación de la sentencia dictada en conflicto colectivo por la AN, la **STS de 24 de septiembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1765, por cuanto la misma contiene razonamientos suficientes sobre el problema en cuestión, aunque resulten breves, ni produce indefensión al Sindicato recurrente.

9. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Descuento de lo percibido en otro empleo. Ejecución de sentencia

La **STS de 15 de junio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1240, confirma la doctrina sentada por la **STS de 5 de mayo de 2004**, en el sentido de entender que, en fase de ejecución, es posible descontar de los salarios de tramitación las retribuciones percibidas en otra empresa por parte del empleado, máxime teniendo en cuenta que el fallo de la sentencia no cuantifica dichos salarios de tramitación, sino que se limita a sentar las bases para su cálculo.

B) Salario regulador. Excedencia por cuidado de hijos

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de septiembre de 2004**, I.L. J 1590, declara que el salario que hay que tener en cuenta para calcular la indemnización y los salarios de tramitación es el de la jornada completa en los supuestos de reducción de jornada por cuidado de hijos y, en el caso de excedencia, el salario que correspondería percibir en el momento en el que la readmisión debió producirse.

C) Desempleo. Incompatibilidad

La STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de junio de 2004, I.L. J 1350, con cita expresa de la STS de 28 de octubre de 2004, declara la incompatibilidad de las prestaciones por desempleo con los salarios de tramitación, ya que la incompatibilidad de esta prestación con otro empleo, no puede quedar reducida al trabajo en sí mismo, sino a la retribución percibida de éste. Argumenta el TSJ que, aun cuando los salarios de tramitación constituyen una indemnización, compensan la falta de percepción salarial por un período determinado de tiempo, al igual que lo que viene a compensar la prestación por desempleo.

10. RECURSO DE SUPLICACIÓN**A) Acceso al recurso****a) Afectación general**

La STS de 20 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1327, conviene que la cuestión sobre la afectación general debe resolverse a la luz de la nueva doctrina unificada de la STS de 3 de octubre de 2003, dictada en Sala General, en la que se ha interpretado el art. 189.1.b) LPL concluyendo que la afectación generalizada ha de entenderse como una “(...) situación de conflicto generalizado (...)” apreciada por el Juez, existiendo el conflicto “(...) aunque no se hayan incoado muchos procesos judiciales a consecuencia de la cuestión que la produce (...)”, no siendo necesaria la previa alegación de parte y la probanza de la afectación múltiple. Recogiendo esta doctrina unificada, las SSTS de 23 de junio y 19 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1244 y 1319, consideran que la afectación general de una cuestión litigiosa depende de sus características intrínsecas. Por su parte, las SSTS de 17 de septiembre y 25 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1677 y 1660, explican y sintetizan los modos o sistemas que deben seguir los Tribunales para poder apreciar la concurrencia de la afectación general en cada proceso concreto, destacando que la notoriedad regulada en el art. 189.1.b) LPL no puede ser la notoriedad absoluta y general regulada en el art. 281.4 LEC, pues mantener esa idea rigurosa y extrema de la notoriedad equivaldría a convertirla en una exigencia inútil que vaciaría de contenido el concepto, convirtiéndolo en inoperante. Así, la idea de notoriedad a estos efectos tiene que ser más flexible y matizada, bastando que por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren o por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, para el Tribunal tal cuestión sea calificable como notoria. Asimismo, considera que la alegación y prueba de la afectación general en los casos en los que la cuestión debatida posea un claro contenido de generalidad, no puesto en duda por ninguna de las partes, no es necesaria, y que en los casos en los que la Sala Cuarta haya declarado de modo reiterado, en relación con una cuestión concreta, que la misma afecta a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, tal declaración, en relación con otros procesos en que se suscite la misma cuestión, tiene el valor de doctrina jurisprudencial. De conformidad con este último criterio, la STS de 8 de octubre de

XII. El Proceso Laboral

2004, I.L. J 1659, declara procedente el recurso de suplicación en un supuesto de hecho en el que la admisibilidad de dicho recurso ya había sido admitida por la Sala Cuarta en repetidas ocasiones.

b) Cuantía litigiosa

Al analizar el posible acceso a suplicación de una sentencia de instancia que resolvió una reclamación de cantidad inferior a 1.803 euros, relativa al transporte para asistencia sanitaria, la **STS de 4 de octubre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1768, determina que no procedía el recurso porque al haberse reconocido parte de la suma reclamada en vía administrativa, el pleito quedaba reducido a una reclamación de cantidad que no alcanzaba el dintel necesario para acceder al recurso, no tratándose de una reclamación de reconocimiento de derecho que sí habría tenido acceso al recurso de suplicación por la vía del apartado c) del art. 189 LPL. Al contrario, la **STS de 30 de junio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1615, determina que sí procedía el recurso al reclamarse el reintegro de gastos sanitarios, que sí entran en el referido apartado c) del art. 189.1 LPL, porque la asistencia sanitaria es la primera prestación enumerada dentro de la acción protectora de la Seguridad Social.

B) Falta de motivación

La **STSJ de Extremadura de 30 de julio de 2004**, I.L. J 1519, desestima un recurso de suplicación debido a la ausencia de un motivo jurídico que señale la infracción normativa en que se basa. El recurso no es técnicamente viable por circunscribirse a un motivo exclusivamente fáctico, que es sólo instrumental y, por tanto, ordenado a construir una base fáctica que sirva de apoyatura a los motivos referentes a la denuncia de infracciones sustantivas.

C) Depósito para recurrir. Beneficio de justicia gratuita

No existe la obligación de depositar la cantidad de 150,25 euros cuando la parte que interpone el recurso de suplicación es una asociación de utilidad pública, que goza, según la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, del beneficio de justicia gratuita. Así lo declara la **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 2004**, I.L. J 1353.

11. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Contradicción. Requisitos materiales

Las **SSTS de 9 de julio y 15 de septiembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1313 y 1219, afirman que la necesidad de contradicción que regula el art. 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. A pesar de que no se exige una identidad absoluta, sí se requiere una diversidad de decisiones sobre hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. En el mismo sentido se pronuncian

las SSTs de 20 y 26 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1206 y 1215, así como la STS de 14 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1655.

B) Escrito de preparación

Las SSTs de 19 de julio y de 14 y 15 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1263, 1404 y 1330, desestiman los recursos de casación para la unificación de doctrina por no cumplir las exigencias formales previstas en el art. 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. Añade la STS de 24 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1245, que si bien en el escrito de preparación no es necesario efectuar el análisis comparativo de las identidades que constituyen el ámbito propio de la relación precisa del escrito de interposición, sí que debe ser suficiente para identificar el núcleo básico de esa contradicción, que la Sala Cuarta ha definido como “(...) la determinación del sentido y objeto de la divergencia entre las resoluciones comparadas (...)”.

C) Escrito de interposición

Las SSTs de 6 de julio, 16 y 24 de junio y 11 de octubre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1625, 1612, 1245 y 1649, respectivamente, inadmiten el recurso de casación interpuesto por no fundamentar la infracción legal denunciada. Esta exigencia, que no se confunde con la exposición de la contradicción, no se cumple con sólo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción objeto de denuncia, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales.

D) Cuantía litigiosa. Cuotas adeudadas a la Seguridad Social

Las SSTs de 16 de julio, 14 de septiembre –dos–, 9 y 13 de septiembre –tres–, 19 y 26 de octubre de 2004, todas de la Sala Tercera, I.L. J 1701, 1393, 1392, 1385, 1387, 1388, 1389, 1605 y 1606 declaran que, en virtud del art. 99.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sólo son susceptibles de recurso de casación para la unificación de doctrina las sentencias contra las que no quepa el recurso de casación ordinaria, siempre que su cuantía exceda de 18.030,36 euros. Igualmente afirman que, según el art. 42.1.a) de la misma norma, el valor de la pretensión debe fijarse teniendo en cuenta el débito principal de las cuotas adeudadas a la Seguridad Social pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad. Finalmente, todas las sentencias desestiman los recursos de casación para la unificación de doctrina por no exceder la mencionada cuantía, al entender que en los supuestos de cuotas adeudadas a la Seguridad Social las cifras que deben tomarse en consideración para analizar la cuantía litigiosa son las cuotas mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan mes a mes por el sujeto obligado.

E) Contenido casacional

La STS de 27 de septiembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1548, en un supuesto de encuadramiento en una determinada categoría de un trabajador al que le era aplicable el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, desestima el recurso de casación para unificación de doctrina, inadmitiéndolo por la carencia de contenido casacional, de conformidad con la previsión específica contenida en el art. 223 LPL, supuesto que se produce cuando ya existe doctrina unificada en el mismo sentido en el que se ha pronunciado la Sala que dictó la sentencia que se recurre. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 27 de septiembre de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1637, que desestima un recurso de casación interpuesto contra una sentencia cuya decisión era coincidente con la doctrina sentada por la Sala Cuarta del Alto Tribunal, que ya había declarado reiteradamente la incompetencia del orden social para conocer de cuestiones de gestión recaudatoria.

12. RECURSO DE CASACIÓN. DEFECTOS EN LA FORMALIZACIÓN

La STS de 26 de octubre de 2004, Sala Tercera, I.L. J 1608, desestima la casación porque en el escrito de preparación no se cumple la exigencia legal de anunciar el motivo correspondiente al amparo de lo previsto en el art. 88.1.c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que se refiere al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Por su parte, la STS de 15 de julio de 2004, Sala Tercera, I.L. J 1700, desestima el recurso por no citar los preceptos legales que se estiman infringidos por la sentencia recurrida. Asimismo, la STS de 29 de septiembre de 2004, Sala Tercera, I.L. J 1503, desestima un recurso de casación en el que la recurrente se había limitado a reproducir los argumentos ya esgrimidos en el escrito de demanda. Según el Alto Tribunal, la mera reproducción de las pretensiones razonadamente desechadas por el Tribunal de instancia, sin tratar de combatir siquiera los argumentos en que éste funda su resolución, no se ajusta a los mínimos requisitos que ha de reunir un recurso de casación que es de carácter extraordinario y eminentemente formal.

13. RECURSO DE REVISIÓN

A) Maquinación fraudulenta

Al no acreditarse la concurrencia del elemento subjetivo, la STS de 8 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1673, desestima el recurso de revisión. Así, se afirma por la Sala 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 este caso, se llega a la conclusión de que no se produjo dicha maquinación por el hecho de que el actor negase en el juicio por despido unos hechos que luego sí confesó en el juicio penal que se siguió contra él por apropiación indebida.

B) Documentos que habilitan el recurso

En la **STS de 15 de junio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1667, se desestima el recurso de revisión, puesto que el documento que se invoca carece de las condiciones requeridas por el art. 510.1 LEC, ya que está fechado 18 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. En todo caso, el documento invocado no es decisivo para cambiar el signo de pronunciamiento del Juzgado. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 27 de septiembre de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 1548, añadiendo, además, que el documento en cuestión podía haber sido obtenido antes de la sentencia, en fase probatoria, por lo que su no aportación no fue debida a fuerza mayor o a la acción de la parte a favor de la cual se dictó sentencia, sino a la falta de diligencia de la parte que ahora lo invoca.

14. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL PREVIA

La **STC 137/2004, de 13 de septiembre** (recurso de amparo 2161/2000), I.L. J 1379, desestima la demanda de amparo por no haberse agotado todos los recursos utilizables en la vía judicial. Razona el TC sobre la necesidad de haber interpuesto recurso de súplica contra la resolución que se impugna en vía de amparo. Aunque el TC declara que el agotamiento de la vía judicial previa no puede configurarse como una exigencia de formular cuantos recursos fueran imaginables, sino sólo los pertinentes, entiende que en el presente caso se debió reaccionar mediante la súplica ante la declaración de no tener por interpuesto un recurso de casación. Por el contrario, la **STC 175/2004, de 18 de octubre** (recurso de amparo 3986/2002), I.L. J 1592, declara que sí se ha agotado la vía judicial previa con la sentencia de instancia que resuelve sobre la impugnación de un Laudo arbitral dictado en relación con una promoción de elecciones sindicales: como quiera que el art. 132.1.b) LPL dispone que la sentencia dictada en estos procedimientos no es susceptible de recurso alguno, la misma pone fin a la vía judicial. De otro lado, la **STC 188/2004, de 2 de noviembre** (recurso de amparo 896/2002), I.L. J 1598, entiende que se ha agotado la vía judicial previa aunque no se haya interpuesto recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia que se recurre en amparo. El TC entiende que corresponde a quien pretende hacer valer (en este caso la empresa) la no interposición de dicho recurso como causa de inadmisión del amparo, acreditar la posibilidad de recurrir en esa vía tan extraordinaria, no bastando con efectuar vagas invocaciones sobre la procedencia de la casación. En el caso analizado, la empresa no cumple con tal carga ni acredita la existencia de sentencias de contraste, por lo que prevalece la imposibilidad alegada en amparo de interponer la casación.

15. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. DEVOLUCIÓN CAPITAL COSTE PENSIÓN

La STS de 12 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1196, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, a fin de casar y anular la sentencia del TSJ del País Vasco que entendió que la Mutua, para solicitar la devolución del capital ingresado y sus correspondientes intereses, en un caso en que la resolución que declaró la incapacidad permanente fue posteriormente anulada por sentencia firme, debía acudir a un proceso declarativo autónomo en lugar de al trámite de ejecución de sentencia. El TS declara que la sentencia que modifica o extingue una prestación en vía administrativa no puede considerarse ni constitutiva ni meramente declarativa, sino que se trata de una sentencia de condena que lleva implícita, cuando extingue la prestación, el derecho de quien la abonó a reintegrarse de lo satisfecho a través del trámite de ejecución, de acuerdo con los apartados 1 y 2 del art. 235 LPL, y ello, aunque no se imponga expresamente en el fallo la condena a dicha devolución.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

ANA HIGUERA GARRIDO

MARTA NAVARRO GARROTE

VERÓNICA OLLÉ SESE

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Directiva 89/655/CEE sobre utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo: incumplimiento por España.

2. Infracción de normas sobre seguridad y salud en el trabajo. A) Deber del empresario: doctrina general. B) Infracción de normas sobre jornada y tiempo de trabajo.

C) Relación de causalidad. 3. Contratas y subcontratas: responsabilidad solidaria de la Administración. 4. Recurso de casación para unificación de doctrina: órdenes contencioso-administrativo y social: recargo de prestaciones.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica está incluido el análisis de las decisiones judiciales aparecidas en los números 9 a 12 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1193 a J 1784), correspondientes a los meses de enero –dos– y febrero –dos– de 2005, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

Destaca la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de noviembre de 2004, I.L. J 1375, en la que se condena a España por incumplimiento de la Directiva 89/655/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989, (modificada por la Directiva 95/63/CE) relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo. De los demás temas objeto de estudio por nuestros Tribunales de Justicia es relevante el que resuelve la STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004, I.L. J 1364, pues declara tajantemente infracción de normas sobre prevención de riesgos laborales la vulneración de una norma sobre jornada y tiempo de trabajo que, aunque extramuros de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, es normativa de prevención de riesgos laborales, ya que no es solamente la dictada con la finalidad principal o exclusiva de proteger la seguridad y salud de los trabajadores, sino también aquellas otras que puedan producir efectos en el ámbito preventivo, como ocurre con las normas de limitación de jornada. Finalmente, el tema de la responsabilidad empresarial y, especialmente, de la responsabilidad solidaria, cierran, como principales, los temas de estudio.

1. DIRECTIVA 89/655/CEE SOBRE UTILIZACIÓN POR LOS TRABAJADORES EN EL TRABAJO DE LOS EQUIPOS DE TRABAJO: INCUMPLIMIENTO POR ESPAÑA

La **STJCE de 14 de noviembre de 2004**, I.L. J 1375, condena a España por incumplir la Directiva 89/655/CEE del Consejo, de 30 de noviembre de 1989 (modificada por la Directiva 95/63/CE) relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo. La causa de este incumplimiento fue el contenido de la Disposición Transitoria Única, apartado 1, del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo, un período de adaptación adicional para los equipos de trabajo que ya estaban a disposición de los trabajadores en la empresa antes del 27 de agosto de 1997.

El art. 4 de la Directiva 89/655/CEE, de 30 de noviembre, modificada por la Directiva 95/63/CE, de 5 de diciembre, establece la obligación para el empresario de obtener y/o utilizar equipos de trabajo puestos por primera vez a disposición de los trabajadores después de 31 de diciembre de 1992 que satisfagan las disposiciones de cualquier Directiva comunitaria pertinente aplicable y las disposiciones mínimas previstas en el Anexo. Si esos equipos se ponen a disposición a partir de 31 de diciembre de 1992 el cumplimiento se refiere a las disposiciones mínimas previstas en el Anexo y en un plazo no superior a cuatro años. Por tanto, los equipos de trabajo que estaban ya a disposición de los trabajadores en 31 de diciembre de 1992 debían cumplir, a más tardar cuatro años después de esa fecha, es decir, el 31 de diciembre de 1996, las disposiciones enunciadas en el anexo de la Directiva.

No obstante, antes de esa fecha, el 19 de enero de 1996 entró en vigor la Directiva 95/63 y refiriéndose a los equipos que ya estaban a disposición de los trabajadores el 5 de diciembre de 1998 estableció nuevamente un plazo de cuatro años para atenerse a las disposiciones mínimas previstas en el nuevo anexo. Este nuevo plazo autoriza a los Estados a adoptar disposiciones que permitan seguir utilizando, incluso después del 31 de diciembre de 1996, los equipos de trabajo en servicio que, en esencia, no cumplan necesariamente las mismas exigencias que los equipos nuevos.

Por su parte, la Disposición Transitoria Única, apartado 1, del Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, cuya fecha de entrada en vigor fue el 27 de agosto de 1997, dispuso un plazo de doce meses para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el anexo respecto los equipos que en esta fecha ya estuviesen a disposición de los trabajadores, autorizándose un plazo extraordinario no superior a cinco años para determinados sectores por situaciones específicas, sin que se concretase, además, en la citada Norma reglamentaria el cumplimiento, en este caso, de las disposiciones contenidas en el anexo.

Ha sido en este último punto, relativo a la concesión de un plazo adicional de adaptación a la Directiva para determinados equipos que ya estaban en funcionamiento, a través del

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

establecimiento de unos Planes controlados por la autoridad laboral, sin que se estableciese en la letra del precepto la obligación de cumplir con las condiciones del anexo, donde se ha observado y penalizado el incumplimiento de España, al amparo del art. 226 CE.

España adujo en su defensa que esos Planes no debían entenderse como concesión de un plazo adicional, pues suponía para las empresas la adopción de medidas de prevención especiales durante el período de adaptación del equipo de trabajo, medidas que garantizaban a los trabajadores un nivel de seguridad equivalente al exigido por la Norma reglamentaria y con ésta al nivel de la Directiva por el cumplimiento de su anexo.

Pero, según Jurisprudencia reiterada, la existencia de un incumplimiento debe ser determinada en función de la situación del Estado miembro afectado tal como ésta se presentaba al final del plazo fijado en el dictamen motivado y los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia (SSTSJCE de 30 de enero de 2002, C-103/00 y de 29 de enero de 2004, C-209/02).

Incluso en el caso que haya cesado el incumplimiento con posterioridad al plazo oportunamente fijado en el dictamen el recurso debe continuar para especialmente sentar las bases de la responsabilidad en que un Estado miembro pueda incurrir en relación con aquellos que poseen derechos afectados por el mencionado incumplimiento (SSTSJCE de 17 de junio de 1987, C-154/85 y de 20 de junio de 2002, C-290/01).

Por otro lado, la Norma reglamentaria no podía haber omitido la referencia al cumplimiento de los contenidos del anexo de la Directiva en esas situaciones extraordinarias, pues según Jurisprudencia reiterada y por lo que respecta a la adaptación del ordenamiento jurídico de un Estado miembro a una Directiva, es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la Directiva, que la situación jurídica que resulta de dicho Derecho sea suficientemente clara y precisa, y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales (SSTSJCE de 23 de marzo de 1995, C-365/93 y de 9 y 10 de abril de 2003, C-65/01).

2. INFRACCIÓN DE NORMAS SOBRE MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Deber del empresario: doctrina general

La STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004, I.L. J 1364, estudia un accidente de trabajo ocurrido a una trabajadora con categoría profesional de “guarda” cuando se encontraba realizando un trabajo de captura de rebecos según proyecto LIFE de la Unión Europea para la reintroducción del rebeco en la montaña oriental de Cantabria. El trabajo se realizaba por la empresa “Fundación Naturaleza y Hombre” en colaboración con la subcontratada “Biogestión” y por el personal del Parque Natural Picos de Europa.

La causa del accidente de la trabajadora fue un traspie cuando bajaba hacia una red que tenían instalada para efectuar la captura de rebecos vivos, debido a las malas condiciones del terreno, la niebla así como al cansancio por una larga jornada de trabajo.

Aduciéndose en contra la ausencia de tipicidad jurídica de los hechos enjuiciados, al no contenerse los mismos en reglamentación alguna se declara por el Tribunal que:

“la responsabilidad civil no exige en el Derecho Español tipicidad alguna”.

Se debe partir del art. 14.2º LPRL que obliga al empresario a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio, utilizando para ello unos procedimientos de gestión basados en la planificación preventiva y en la evaluación de riesgos y unos recursos humanos y materiales organizados bajo determinadas modalidades.

Pero,

“la finalidad de esos instrumentos no es el mero cumplimiento de normas reglamentarias concretas, de forma que la valoración judicial a efectos de la eventual declaración de responsabilidad civil no se fundamenta en incumplimiento de concretas normas reglamentarias, sino en el incumplimiento del deber de prevención definido en el art. 14.2 LPRL y configurado como un deber de gestión diligente en el ámbito de la seguridad y salud”.

B) Infracción de normas sobre jornada y tiempo de trabajo

El art. 5.2 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, autoriza a superar el límite diario de nueve horas del art. 34 del Estatuto de los Trabajadores en las labores agrícolas cuando las circunstancias estacionales determinen la necesidad de intensificar el trabajo o concentrarlo en determinadas fechas o períodos, así como en los trabajos de ganadería y guardería rural, puesto que se permite que la jornada semanal llegue hasta las doce horas, siempre que no se superen las doce horas diarias de trabajo efectivo.

En el análisis del accidente de que trata la **STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004**, I.L. J 1364, se analiza esa Norma reglamentaria poniéndola en relación con las faenas y cometidos que realmente desarrollaba la trabajadora al margen de su categoría profesional de “guarda”, ya que la Norma se refiere a trabajos de guardería rural en sentido estricto, esto es, “aquellos consistentes en la vigilancia y patrulla de terrenos rurales, pero no a los de caza”, como era el supuesto de hecho.

Incluso, si el trabajo realizado por la accidentada se entendiese comprendido dentro de “guardería rural”, el citado art. 5.2

“ha de interpretarse en relación con lo dispuesto en el art. 24 del mismo Real Decreto 1561/1995 donde se dice que en aquellas faenas que exijan para su realización extraor-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

dinario esfuerzo físico o en las que concurran circunstancias de especial penosidad derivadas de condiciones anormales de temperatura o humedad la jornada ordinaria no podrá exceder de seis horas y veinte minutos y treinta y ocho horas semanales de trabajo efectivo”.

La trabajadora accidentada había trabajado ese día casi diez horas y siendo un trabajo de caza por la montaña en día de frío y niebla se interpreta por la Sentencia que tales condiciones citadas en el art. 24 se producen, determinándose que “la jornada máxima aplicable sería la de seis horas y veinte minutos diarios en lugar de las casi diez horas transcurridas en el caso en cuestión”.

A pesar de que las normas sobre jornada tienen una naturaleza compleja, al responder a finalidades diversas y difícilmente separables, declara la **STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004**, I.L. J 1364, que:

“la ordenación del tiempo de trabajo tiene una naturaleza preventiva”

ya que puede afectar a la seguridad y salud de los trabajadores. La base de esta afirmación está en nuestra Constitución y en el Derecho Europeo. Así,

“el art. 40.2 CE parte de esta idea, vinculando estrechamente la seguridad e higiene en el trabajo con la garantía del descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas”.

Por su parte, ésta es también la fundamentación de “la definición de ‘descanso adecuado’ del art. 2.9 de la Directiva 93/104/CE que es suficientemente expresiva: períodos regulares de descanso de los trabajadores, cuya duración se expresa en unidades de tiempo, suficientemente largos y continuos para evitar que, debido al cansancio o a ritmos de trabajo irregulares, aquéllos se produzcan lesiones a sí mismos, a sus compañeros o a terceros, y que perjudiquen a su salud, a corto o a largo plazo”.

Esta interpretación de la Directiva 93/104/CE ha resultado válida y suficiente por el TSJ-CE de 12 de noviembre de 1996 (C-84/1994) pues los conceptos de “medio de trabajo” y de “seguridad” y de “salud” a efectos del art. 118 A no deben interpretarse restrictivamente pues se refieren a todos los factores, físicos o de otra índole, que puedan afectar a la salud y seguridad del trabajador en su entorno de trabajo y, en particular, a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

En la misma Sentencia, se analizan los arts. 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores que regulan las disposiciones de jornada y ordenación del tiempo de trabajo y que,

“aunque extramuros de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, encajan perfectamente en el art. 1 de esta última Ley, pues el mismo considera normativa de prevención no solamente la dictada con la finalidad principal o exclusiva de proteger la seguridad y salud de los trabajadores”,

sino también:

“aquellas otras normas que puedan producir efectos en el ámbito preventivo, como ocurre con las normas de limitación de jornada. Una vulneración de las normas de jornadas y tiempo de trabajo, por consiguiente, ha de ser considerada como infracción también de normas de prevención de riesgos laborales en la medida en que con ello se genere o modifique un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Y, por tanto, la vulneración del artículo 24 del Real Decreto 1561/1995 implica una vulneración de normas preventivas”.

C) Relación de causalidad

A diferencia del orden penal, en la relación de causalidad para que se produzca la responsabilidad civil basta con que la hipotética desaparición del acto o evento al que se califica como causa hubiera hecho mucho más improbable el acaecimiento del suceso dañoso. Se trata, por tanto, de una vulneración de la probabilidad derivada del acto al que se califica como causa, y si tal valoración resulta en una elevada probabilidad de que el suceso no se hubiera producido sin aquel acto, entonces puede determinarse la existencia de relación causal. De otro modo, continúa la **STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004**, I.L. J 1364:

“la noción de causa a efectos jurídicos quedaría grandemente diluida, puesto que en casi todo suceso las causas no pueden ser consideradas exclusivas, sino que responden a un acontecimiento de circunstancias que incrementan la probabilidad del suceso, de forma que resulta muy difícil atribuir a un único acto o evento la condición de causa única y eficiente de lo sucedido”.

La Sentencia citada analiza los factores de riesgo que han acontecido en el trabajo de caza de rebecos de la accidentada, que venimos refiriendo, y que atienden a riesgo de caída, condiciones atmosféricas adversas y jornada y tiempo de trabajo. Se analizan los tres factores con relación a su identificación, primero, y previsión, después, para llegar a la conclusión de que efectivamente ha habido esta relación de causa a efecto por la concurrencia de los tres.

Por lo que respecta al riesgo de caída, el mismo era perfectamente identificable y previsible. En cuanto a la identificación de los riesgos en el proceso de evaluación de riesgos laborales de los arts. 1 a 9 del RD 39/1997, aduce la Sentencia citada que:

“su falta supondría ya un incumplimiento empresarial si ello se debe a una omisión del estudio de las condiciones de trabajo o a una negligencia del técnico preventivo que realizó tal identificación, puesto que la atribución de funciones a estos técnicos no exime de responsabilidad a la empresa (art. 14.4 Ley de Prevención de Riesgos Laborales), sino que, al contrario, la implica necesariamente, puesto que esos técnicos actúan en su interés y, por tanto, comprometen con su actuación la responsabilidad de la empresa frente a terceros,

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

con independencia de la posibilidad de acción en vía de regreso que incumba a la empresa frente al técnico”.

La previsibilidad del riesgo de caída en este supuesto era muy alta, ya que:

“el lugar del accidente era un terreno de montaña, muy irregular, con una pendiente aproximada de cincuenta grados que en algunos puntos llegaba hasta los setenta, siendo además las condiciones climatológicas desfavorables por la niebla”.

Por lo que respecta a la jornada y tiempo de trabajo realizado por la accidentada, la Sentencia declara tajantemente que:

“el cansancio de la trabajadora accidentada derivado del prolongado esfuerzo en la captura de rebecos por la montaña ha de ser considerado como una de las causas del accidente producido, situándose la vulneración de las normas de prevención de riesgos laborales en la cadena causal del accidente, lo que obliga a la empresa infractora a la reparación del daño causado”.

3. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA ADMINISTRACIÓN

En el supuesto analizado por la STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004, I.L. J 1364, la trabajadora accidentada, con resultado de muerte, había sido contratada por la empresa “Fundación Naturaleza y Hombre” cuya actividad en la que se produjo el accidente formaba parte del proyecto LIFE-Naturaleza titulado “Recuperación y Conservación de la Biodiversidad en la cuenca del Río Asón” bajo la dirección y cofinanciación del Gobierno de Cantabria.

A pesar de que el Gobierno de Cantabria no es, en efecto, la empresa contratante de la trabajadora fallecida se estudia si su responsabilidad –no fundamentada en el art. 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales– puede derivar del art. 24.3 de la misma Ley por entenderse que el Gobierno de Cantabria reúne la condición de empresa principal a los efectos de dicho precepto, el cual se refiere a empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo.

La Sentencia citada analiza minuciosamente cada uno de los requisitos que se desprenden del art. 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. En cuanto a la exigencia de que el empresario principal sea el titular del centro de trabajo, se debe entender “centro de trabajo” no con arreglo al art. 1.5 del Estatuto de los Trabajadores sino de acuerdo al art. 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en relación con el art. 2 del Real Decreto 171/2004, ya que:

“no puede equipararse titularidad con propiedad, sino meramente a un poder sobre el lugar de trabajo que le permita autorizar la entrada, permanencia y actividades de terceras empresas en el mismo”.

Y para que esa función de vigilancia sea posible, es preciso

“que exista la facultad de establecer controles sobre el lugar de trabajo y, en segundo lugar, que como consecuencia de los mismos se pueda impedir la entrada, la permanencia o la realización de las actividades subcontratadas en el mismo”

o, lo que es lo mismo,

“para que pueda considerarse que existe ‘titularidad’ de un lugar de trabajo a efectos del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales basta con que se ostente un derecho de exclusión, esto es, un poder de decisión que permite impedir la entrada o permanencia en el mismo o la realización de actividades en él, todo ello con independencia, además, de los concretos derechos reales, contractuales o administrativos que se ostenten en relación con dicho lugar”.

En el supuesto de autos se declara probado que el lugar es un Parque Nacional cuya gestión corresponde al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, asistido por el patronato del parque en el que la Comunidad Autónoma de Cantabria tiene participación (art. 7 Ley 16/1995) y por una comisión Mixta integrada a partes iguales por representantes de dicho Departamento y de las Comunidades Autónomas del Principado de Asturias, de Cantabria y de Castilla y León.

Esta diversidad de titulares no es impedimento para la operatividad del art. 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, pues:

“el Gobierno de Cantabria en este caso forma parte de la dirección del Parque Natural y su autorización era imprescindible para que se pudiera desarrollar en su interior la captura de los rebecos, habiendo concedido la misma y franqueando con ello la posibilidad de desarrollar los trabajos en cuya realización se produjo el accidente en el concreto lugar de trabajo”.

En cuanto al requisito de coincidencia entre la actividad de la empresa contratista y la empresa principal y para supuestos de Administraciones hay que tener en cuenta que:

“se trata de una tarea comprendida dentro del ámbito competencial de las Administraciones Públicas (...). La existencia y funcionamiento de las organizaciones no gubernamentales no implica que la Administración deje de ser titular de las competencias correspondientes, en este caso de protección del medio ambiente, y responsable de su ejecución efectiva y su desarrollo”.

De esta forma, cuando sea la Administración la que desarrolla una de esas actividades de forma indirecta, a través del recurso a terceros,

“ha de entenderse que la empresa o persona que directamente ejecuta las tareas en virtud del compromiso adquirido con la Administración (...) está actuando la competencia

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

administrativa y, por consiguiente, a efectos laborales, desarrolla trabajos de la misma actividad de la administración”.

En cuanto al tercer requisito que exige el art. 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales relativo a que exista una relación jurídica entre la Administración y la empresa empleadora de la trabajadora accidentada, la Sentencia declara que:

“Una interpretación finalista de los artículos 42 del Estatuto de los Trabajadores o 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ha de llevarnos a concluir que dichas normas pretenden regular los supuestos de externalización de tareas o *outsourcing* y, por tanto, lo relevante no es que para ello se acuda a un contrato típico civil o mercantil como el arrendamiento de obras o servicios, sino que nazca una relación jurídica obligacional en virtud de la cual la empresa subcontratista quede obligada frente a la principal a realizar dicha obra o servicio.”

En el ámbito administrativo esa relación jurídica obligacional puede nacer de contratos administrativos, de contratos civiles, pero también:

“de otras figuras a través de las cuales se expresa la voluntad de la Administración, y de las cuales nacen obligaciones para los administrados, como son los actos administrativos o los llamados convenios (...) y las formas de externalización de funciones y tareas administrativas han ganado complejidad en las últimas décadas (...) como son la concesión de subvenciones condicionadas, autorizaciones administrativas, convenios de colaboración, etc.”

El hecho de que la actividad en la que se realizaba el trabajo de la accidentada se enmarcase y financiase por la Unión Europea no obsta a la responsabilidad de la Comunidad Autónoma, ya que:

“los particulares no pueden obtener por sí mismos esas subvenciones de la (Unión Europea) para aplicarlas a la financiación de sus actividades (...), sino que para que la financiación comunitaria se haga posible es preciso que la Administración nacional, en cualquiera de sus niveles, aporte un determinado porcentaje de cofinanciación. Sólo desde el momento en que ese compromiso de cofinanciación existe se hace posible la financiación comunitaria”.

La Administración de la Comunidad Autónoma financia esa actividad aunque no lo haga directamente sino que la encomienda mediante convenio y autorización a una organización no gubernamental que contrata a los trabajadores o subcontrata parcialmente la actividad con otras empresas y paga los gastos laborales y de otro tipo mediante esas subvenciones. De aquí que,

“esa organización externa a la Administración queda jurídicamente obligada ante la Administración concedente a ejecutar la obra o prestar el servicio y además lo debe hacer siguiendo las instrucciones y especificaciones de la administración y bajo el control de la misma”.

A la vista de todo ello, la STSJ de Cantabria de 16 de julio de 2004, I.L. J 1364, advierte con claridad que el resultado es equivalente al de una subcontratación de la obra o servicio aunque lo sea a través de otros mecanismos jurídicos y, por tanto, resulta aplicable el art. 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Por ello,

“Cumpliéndose por tanto los requisitos para que entre en juego el artículo 24.3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, del incumplimiento de las obligaciones de vigilancia que incumbían al Gobierno de Cantabria, en cuanto empresa principal, se deriva la responsabilidad solidaria de esta Administración con relación a la obligación de indemnización a los supervivientes de la víctima del accidente de trabajo.”

4. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA: ÓRDENES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SOCIAL: RECARGO DE PRESTACIONES

La STS de 18 de septiembre de 2004, I.L. J 1423, analiza una decisión judicial del orden contencioso-administrativo que anula la sanción impuesta a una empresa por infracción de medidas de prevención y seguridad, en relación a su posible incidencia en el proceso laboral por recargo de prestaciones y responsabilidad de la empresa.

A tenor de lo dispuesto en el art. 42.5 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, la declaración de hechos probados que contenga una sentencia firme del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, relativa a la existencia de infracción a la normativa de prevención de riesgos laborales, vinculará al orden social de la jurisdicción en lo que se refiere al recargo, en su caso, de la prestación económica del sistema de Seguridad Social.

Se trata de observar, por tanto, los hechos declarados probados en la sentencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para que tras contener infracción de las normas de prevención de riesgos laborales vinculen al orden jurisdiccional social.

En la sentencia de contraste el procedimiento se inicia en virtud de demanda formulada por el trabajador en el que se ejercita una acción para que se le reconozca un mayor grado de invalidez y se declare la concurrencia de falta de medidas de seguridad con la consecuente imposición del recargo de las prestaciones económicas derivadas del accidente de trabajo. Previamente había recaído sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo por la que, mediando una fijación de hechos probados distinta a la del acta de infracción propuesta por la Inspección de Trabajo se declara la nulidad de dicha resolución al entender que no concurría incumplimiento alguno de los deberes de prevención de riesgos laborales conectados en relación de causalidad con el accidente que se le imputaba a la empresa, que de esta suerte resultaba absuelta.

Sin embargo en el caso que se trae al proceso, la sentencia del orden contencioso-administrativo anula la resolución administrativa como en el caso de la sentencia de contraste, pero

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

“sin contener relato fáctico relativo a las circunstancias del accidente ni haber sido recibido el pleito a prueba”,

pues se trataba de un allanamiento de la demandada por lo que se procedió entonces al dictado de una sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, por lo que:

“en este caso que se nos somete a conocimiento no existe declaración de hechos probados y por ello ningún elemento fáctico se viene a incorporar de lo que resulta en las presentes actuaciones. La única circunstancia novedosa que surge de la resolución judicial contencioso-administrativa es la estimación de la tesis de la empresa por allanamiento de la administración (...)”.

Por estos motivos el orden jurisdiccional laboral debe entrar a valorar si el accidente de la trabajadora guarda relación con una inobservancia de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene del trabajo por parte de la empresa.

En la sentencia de contraste resulta probado que la empresa recurrente conocía las características del método de desinfección empleado, el plazo de seguridad que debía respetarse y el horario que debía considerarse superado el mismo. Igualmente consta probado que la recurrente no comunicó ni a la empresa que tenía la contrata de las cocinas, ni a la de la limpieza que se hubiera llevado el proceso de desinsectación. A virtud de lo cual,

“estamos ante una conducta pasiva de la empresa que no adoptó medidas eficaces para evitar que sus trabajadores o los de las empresas subcontratadas accedieran a zonas de riesgo durante el período en que había de evitarse las mismas”.

En el supuesto de la sentencia de contraste la resolución administrativa decreta la concurrencia de responsabilidad de la empresa en la producción del accidente, como presupuesto del recargo de prestaciones, y esta resolución fue revocada por sentencia en la que se fijó una relación fáctica distinta, en cuyo proceso fueron partes la administración demandada y el trabajador cuyo interés es afectado; a virtud de lo cual, la sentencia de duplicación ateniéndose a estos nuevos hechos dejó sin efecto la responsabilidad empresarial.

“En cambio, en el supuesto enjuiciado, ni la trabajadora fue parte en el procedimiento contencioso-administrativo, ni en éste se modificaron los hechos establecidos en el acta de infracción, con lo que se mantienen los recogidos por falta de medidas de seguridad, y en base a ellos la resolución combatida declara la responsabilidad empresarial.”

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ÉLISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

J. PÉREZ REY

La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo

[Lex Nova, Valladolid, 2004, 469 páginas]

ANTONIO BAYLOS

“La consolidación de la contratación temporal como medida de política flexibilizadora ha desarrollado un mercado de trabajo claramente segmentado el cual podría representarse como dos círculos concéntricos que conforman un centro estable cada vez más reducido y una periferia fuertemente pronunciada de trabajadores temporales en comparación con los países de nuestro entorno”. Esta realidad a la que alude la prologuista del libro y profesora de la UCLM en su sede de Toledo, Rosario Gallardo, se solapa además con la utilización fraudulenta y abusiva en la práctica de los tipos contractuales por tiempo determinado que prevé la legislación, fenómeno que ha sido alentado en ocasiones por una jurisprudencia extraordinariamente permisiva de los actos de transgresión de los límites legales y que se ha consolidado como hábito de gestión de la fuerza de trabajo en las empresas. La reacción del ordenamiento jurídico frente a esta “temporalidad equivocada” es el objeto de análisis de este interesantísimo libro. Su autor analiza, en primer lugar, los mecanismos correctores del uso irregular de la contratación temporal a través del estudio de las presunciones legales de contratación

indefinida del art. 15 ET, a las que somete a un juicio crítico extremadamente sugerente. En segundo término se dedica al examen de los límites sustanciales de la contratación temporal, que parte de una crítica a los instrumentos técnicos en que esta se expresa, el fraude de ley y el abuso de derecho, para proceder a continuación a examinar de manera exhaustiva el principio de causalidad en los diversos tipos de la contratación temporal y sus desviaciones. Por último, se analiza el problema de la sucesión de contratos temporales –que nuestra legislación no ha desarrollado convenientemente pese al mandato de la Directiva de 1999 fruto del Acuerdo Marco sobre los contratos temporales– y el control sustancial efectuado a través del encadenamiento contractual, con reflexiones adicionales sobre el papel de la negociación colectiva y la frustrada actuación del INEM sobre la contratación temporal reiterada respecto de las prestaciones por desempleo.

El libro de PÉREZ REY constituye sin lugar a dudas un impecable análisis doctrinal de una realidad normativa e interpretativa sobre el contrato temporal que pone de manifiesto un verdadero déficit democrático en nuestras relaciones laborales y la impotencia ante un sistema de derechos laborales dualizado que demuestra la deficiente construcción de los derechos básicos laborales y la incapacidad de arbitrar reales garantías del derecho al trabajo tal como éste se encuentra reconocido constitucionalmente en nuestro país. Su obra constituye, en fin, un texto crítico imprescindible para abordar tanto la situación actual de la contratación temporal irregular y articular líneas de defensa para su conversión en formas de trabajo estable, como para articular cualquier medida de reforma desde políticas del derecho progresistas.

VVAA

Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones

[Comares, Granada, 2004]

ISABEL OTXOA CRESPO

El comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones, de Editorial Comares, Granada 2004, es una obra que cualquiera que tenga interés en temas de Seguridad Social querrá tener a mano. Son casi mil páginas, que contienen los trabajos de treinta y siete especialistas en Derecho de la Seguridad Social. La dirección es de José Luis MONEREO PEREZ y José Ignacio GARCÍA NINET, la coordinación de María Nieves Moreno Vida y Arántzazu VICENTE PALACIO.

La obra consta de nueve partes. El prólogo se inicia con una cita de San Pablo en el Nuevo Testamento: “estad sobre aviso, que ninguno os engañe con filosofías y vanos sofismas”, lo que resulta un anticipo muy prometedor sobre lo que luego viene. Se trata del artículo de José Luis MONEREO, en la Parte I, “El sistema de pensiones: principios inspiradores, desarrollos y renovación del Pacto de Toledo”. En él se hace una reflexión sobre el proceso de reforma del sistema de pensiones, su hilo conductor, que se califica desde una posición crítica como la desestructuración gradual y planificada del modelo precedente. A los argumentos y valores que sostienen la reforma en marcha, el autor contrapone otra manera de entender las cosas. Un texto interesante en el que se habla sobre el sistema de Seguridad Social desde la política, que es como siempre se ha hablado aunque a veces pareciera sólo hacerse desde la economía.

La Parte II agrupa una serie de trabajos sobre la protección de la vejez, que res-

ponden a la heterogeneidad de las situaciones en las que hoy puede plantearse el acceso a la prestación de jubilación. El estudio comprende los Regímenes Especiales. Se ha optado además por introducir subtemas que tienen un interés específico, como el de la imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación. En el caso de la prestación del nivel no contributivo, el tema se desarrolla con el desglose de sus diferentes aspectos y en detalle, lo que hace de esta parte una material de consulta muy útil.

La Parte III aborda el estudio de la incapacidad permanente, de una manera muy rica y exhaustiva. Por los temas que se tocan, y por su contenido, es muy de agradecer, por ejemplo, el estudio sobre el grado de incapacidad permanente, un tema en el que no hay más remedio que remitirse a la doctrina de los tribunales, que este libro ofrece de manera condensada. No es posible detenerse aquí en todo lo que esta Parte contiene pero la aconsejo, en especial, al profesorado de Seguridad Social.

En la Parte IV, sobre protección por muerte y supervivencia, además de lo que cabe esperar, se tratan algunos aspectos del asunto que merecen reseña. Un apunte histórico sobre el nacimiento y evolución inicial de las prestaciones por viudedad; una referencia extensa a la problemática de la nacionalidad extranjera del sujeto causante y un comentario sobre la problemática de las uniones de hecho.

La parte final de la obra, trata temas diversos, entre ellos, dos de importancia central. Uno de ellos es la protección de la dependencia en la vejez, capítulo en el que se supera el ámbito estricto del sistema de seguridad social para describir un panorama en el que intervienen las diversas administraciones públicas, y se habla de prestaciones y servicios de diferentes entidades, desde las Comunidades Autónomas hasta las Entidades Locales, de los seguros privados. Un panorama que hace falta ordenar y una contingencia a la que hay que ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social.

Libros y Revistas

El libro termina con dos temas: financiación de las pensiones y los planes privados de pensiones, situados en capítulos diferentes pero contiguos. El capítulo sobre financiación de pensiones trata de un tema no habitual en el marco de los estudios de la Seguridad Social desde el Derecho. El público probable de este libro no es economista, pero sí perceptible a los argu-

mentos provenientes de la economía, que son los que han dominado en todo el proceso de reformas a la baja de las prestaciones. En ese sentido, aquí podrá comprobar que los análisis que existen sobre el asunto de la viabilidad del sistema y las propuestas para su mejora son diversos. La obra empieza y acaba con la política, como es natural tratándose de protección social.

N O T A S

N O T A S

