

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 Constitución Europea, un paso en la construcción de una Europa más social**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [15] **Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la Seguridad Social. Un repaso crítico por la última jurisprudencia**

AURELIO DESDENTADO BONETE

- [29] **La compatibilidad de la protección complementaria de las mutuas de colegios profesionales con el RETA**

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

- [47] **El difícil equilibrio entre lo judicial y lo extrajudicial en la interpretación del convenio colectivo**

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [63] **I. FUENTES DEL DERECHO**

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [73] **II. TRABAJADOR**

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

- [97] **III. EMPRESARIO**

JESÚS CRUZ VILLALÓN

- [119] **IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [129] **V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL**

JESÚS R. MERCADER UGUINA

- [151] **VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

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

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [175] **VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

JAVIER GÁRATE CASTRO

- [179] **IX. SEGURIDAD SOCIAL**

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

- [189] **X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

- [203] **XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [209] **XII. EL PROCESO LABORAL**

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

- [223] **XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[231] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

LA CONSTITUCIÓN EUROPEA, UN PASO EN LA CONSTRUCCIÓN DE UNA EUROPA MÁS SOCIAL

Los españoles han sido llamados por segunda vez en su historia contemporánea a pronunciarse sobre un documento político que se denomina “Constitución”. Probablemente no estemos ante una verdadera y propia Constitución; como agudamente se ha dicho, “tan artificial sería pretender que esto es solamente un tratado internacional que la afirmación contraria de que esto es simplemente una Constitución”; es, en resumidas cuentas, un modelo de “Constitución inédita” [P. CRUZ VILLALÓN]. Llamam la atención sus quinientos artículos mal contados, la mayoría no precisamente breves, además de sus apéndices de diverso tipo que hacen de ella una norma en exceso extensa, consecuencia, quizá, de no haberse roto la correspondencia entre derecho primario y originario, tradicionalmente contenido en los Tratados. Con todo, no debe quitarse mérito a la labor codificadora que realiza: la Convención partía de la existencia de más de setecientos artículos, resultantes de la superposición de los Tratados aprobados y revisados en los últimos cincuenta años y de más de setenta mil páginas de acervo comunitario.

El término Constitución opera como arma de legitimación política y genera en el imaginario colectivo un efecto claramente integrador. Como se ha dicho con indudable acierto, una Constitución no es sólo una ley fundamental y suprema que dota de validez a un ordenamiento y establece una organización política, sino que debe encarnar y salvaguardar determinados valores. Se puede romper una lanza por esta Constitución que trata de consolidar el empeño constitucional, entendido como el propósito de hacer de la Unión Europea una comunidad política vertebrada por una norma fundamental. La reafirmación de la legitimidad de la Unión en tanto que Unión de Estados y de ciudadanos; la precisión y ampliación del sistema de valores comunes a todos los Estados miembros; en suma, la aportación de mayor claridad acerca de la naturaleza, valores y objetivos manifiestan el deseo de consolidar lo hasta el momento logrado y comenzar a vislumbrar el camino hacia el que en el futuro habremos de dirigirnos.

Los valores “no son cosas, ni elementos de cosas, sino propiedades, cualidades *sui generis*, que poseen ciertos objetos llamados bienes”. La organización económica, jurídica, las costumbres, la tradición, las creencias religiosas y muchas otras formas de vida que trascienden la ética, “son las que contribuyen a configurar determinados valores morales” [FRONDIZI]. La Constitución apuesta por un sistema de valores que marca el contenido

y desarrollo sustancial de la Unión: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos. Estos valores son comunes a los Estados miembros y a una sociedad caracterizada por el pluralismo, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la no discriminación”.

Lo social busca un espacio propio y autónomo que tiene como marco de referencia los anteriores valores y principios. La axiosfera de la Constitución Europea encuentra una importante piedra de toque en el acercamiento a lo social. En el presente editorial nos detendremos en la definición de lo que consideramos los “pilares sociales” de la nueva Constitución:

1. “*Pecado original de lo económico*”: la neta subordinación del Derecho Social al Derecho de la Economía. Es notorio que la creación de las Comunidades Europeas obedece fundamentalmente a razones de orden económico: el establecimiento del llamado Mercado Común, circunscrito inicialmente (1951) a la Comunidad Europea del Carbón y del Acero y completado pocos años después (1957) por la Comunidad de la Energía Atómica y la fundamental Comunidad Económica Europea. Aunque el Tratado de Roma enumeró entre sus objetivos los de carácter social, su principal meta fue de orden económico y consistió en la creación de un mercado común europeo. Un mercado común que, desde la perspectiva liberal y desde la que proporciona la cultura económica, fue concebido sobre dos pilares: *ad intra*, sobre el libre comercio, y *ad extra*, sobre unas barreras aduaneras comunes [MANCINI]. En este contexto, el mercado de trabajo es considerado como un mercado subalterno, cuya diversificación no obsta la unidad del mercado.

La Constitución mantiene, a grandes rasgos, el marco teórico de la economía del bienestar neoclásica según la cual los derechos de propiedad, los mercados libres y abiertos y los precios estables son condiciones necesarias y suficientes para el bienestar económico y social general. Por todo ello, se limita a consagrar un conjunto de valores, principios y derechos abstractamente formulados, sin garantías seguras en materia social. De este modo, frente al diseño de un sistema económico fuertemente enraizado en el que se garantizan las bases constitutivas (derechos y libertades fundamentales de los agentes económicos; las reglas del juego indispensables para su funcionamiento) de un sistema económico de libertad de empresa en el marco de una economía del mercado interior comunitario, lo social ocupa una posición subordinada a los anteriores objetivos. No es, pues, la promoción de lo social la clave de la bóveda del nuevo edificio constitucional sino, antes bien, un instrumento que, integrando dicha bóveda, debe soportar los empujes del resto de fuerzas, económicas, sociales y políticas, que, con dirección a dicha clave, conviven en la Unión Europea. Lo anterior, y esto es importante, hace que la Constitución renuncie a una definición de la Unión como una entidad propiamente social como lo hacen alguna de las Constituciones de los Estados miembros, limitándose a efectuar genéricas declaraciones en las que lo social queda integrado en la lógica más general de lo económico: “La Unión obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en el crecimiento económico equilibrado, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social” (art. I-3.3).

La significación de las anteriores ideas se pone de manifiesto, tanto cualitativa como cuantitativamente. Cuantitativamente, la Parte III, “De las políticas de funcionamiento de la Unión”, ocupa tres cuartas partes de todo el articulado (322 de un total de 448 artículos), auténtico programa económico, sorprendentemente detallado para un texto constitucional, y casi imposible de reformar (art. III-445). Desde el punto de vista cualitativo, la plena garantía de la libertad de movimientos de capitales (art. III-156) y libertad de mercado (art. III-314), con el impedimento de la “aproximación” legal, mediante ley marco europea, de los Estados miembros en materia relativa a las “disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena” (art. III-172.2), muestran, a las claras, la significada orientación del texto constitucional.

El Tratado defiende, como se ha dicho, una “economía social de mercado altamente competitiva” (art. I-3.3), y “una mano de obra cualificada, formada y adaptable, así como unos mercados laborales capaces de reaccionar rápidamente a la evolución de la economía” (art. III-203). Todo ello significa la subordinación, entre otras, de la política de empleo a la económica, en la medida en que el art. III-98 se establece que las orientaciones sobre el empleo serán “compatibles con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros adoptadas con arreglo al apartado 2 del art. III-71”.

2. *El trabajo como valor social.* El trabajo es el denominador común y la condición de toda vida humana en sociedad, esto es, un elemento indisolublemente ligado a la naturaleza humana, cuyo rastro se encuentra en todo tiempo y lugar. En los últimos años se viene produciendo un cambio en el léxico social que tiende a sustituir el término “empleo” por el de “trabajo”. Con este cambio se pretenden subrayar las razones por las que el empleo, entendido como manifestación concreta de la genérica actividad humana denominada “trabajo”, resulta esencial y, por el otro, tratar de relativizar e incluso criticar las diversas formas que hasta estos momentos ha venido adoptando el trabajo. Esta relativización pretende señalar que, por encima de estas formas y quizá precisamente por encima del empleo, lo realmente importante es preservar el trabajo: actividad fundamental del ser humano [MEDA].

La Constitución Europea muestra su sensibilidad hacia el anterior cambio y parte del reconocimiento del “derecho a trabajar”, como valor social (art. II-75). En efecto, “derecho a trabajar”, no “derecho al trabajo”, en su clásica definición, cambio terminológico que puede poseer, no obstante, cierta simbología. En todo caso, el reconocimiento del valor “trabajo” como categoría antropológica esencial, y no del “derecho a la pereza”, muestra a las claras la significación de la actividad laboral como factor ligado a la dignidad humana. En suma, la nueva Constitución viene a reconocer, a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho al trabajo como vida activa entendida como el despliegue de las energías individuales a fin de producir bienes o servicios de toda índole; y ello tanto para ganar el sustento como para desarrollar, como se ha dicho, su propia personalidad.

De igual modo, el texto del Tratado se refiere a la “dignidad” de ese trabajo, a su “decencia”, en expresión de la OIT. Así lo muestra el art. II-91 cuando impone que ese derecho a trabajar se materialice a través de unas “condiciones justas y equitativas”. Expresión en

la que se engloban derechos como la seguridad y salud en el trabajo, o se subraya el valor del respeto a la dignidad. De igual modo, resultan manifestación de la anterior idea la limitación de la duración máxima en el trabajo y el derecho a los descansos, como recientemente nos ha demostrado el Tribunal de Justicia de las Comunidades en su Sentencia de 18 de marzo de 2004, Asunto Merino González. En esta misma línea cabe situar la prohibición de trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo (art. II-92). La cuestión del trabajo infantil resulta una realidad horrorosa “al suponer servidumbre y una verdadera esclavitud”, en palabras de AMARTYA SEN. Según datos de la OIT, en los países en vías de desarrollo, 250 millones de menores entre 5 y 14 años trabajan. En todo caso, es preciso tener presente que las normas jurídicas de prohibición del trabajo infantil o limitación del juvenil pueden ser un instrumento poderoso para su erradicación, pero no constituyen el único [BEQUELE/MYERS].

La Constitución garantiza el “derecho a acceder a un servicio gratuito de colocación” (art. II-89). Dicho derecho, que ya fue reconocido en el art. 1.3 de la Carta Social Europea con el objeto de “garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo”, establecía la obligación para las partes contratantes de “establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores”. El derecho de acceso a los servicios de colocación que viene siendo contemplado en el ámbito comunitario desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, es reconocido y amparado ahora como derecho fundamental de todas las personas a utilizar gratuitamente los servicios de una agencia de empleo para encontrar un trabajo. Ningún otro requisito o condición se impone, a diferencia de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, que aludía a la naturaleza pública del servicio.

Finalmente, la ruptura unilateral de la relación laboral y, particularmente, la figura del despido, constituye, sin duda, el punto de referencia más importante para calibrar el enfoque que otorga la Constitución Europea a la extinción contractual desde la perspectiva del derecho al trabajo. En línea con el más preciso art. 4 del Convenio 158 OIT que dispone que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”, el nuevo texto constitucional se refiere en su art. II-90, a la protección frente al despido injustificado: “Todo trabajador tiene derecho a la protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”.

El enorme proceso de inmigración que vive la Unión Europea, la “gran migración”, como se le ha denominado, pone sobre la mesa la terrible paradoja de que cuando se predica el fin del trabajo anualmente pierdan la vida miles de personas en busca del “dorado empleo occidental”. Patéticos ejemplos de indignidad humana, como el recogido en la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 30 de junio de 2000, con la firma del contrato de esclavo para conseguir un empleo son muestra de esta realidad. No debe sorprendernos, por ello, que una Constitución que se proyecta sobre el siglo XXI continúe manteniendo en su articulado, desgraciadamente como realidad posible, la prohibición de cualquier forma de esclavitud y servidumbre (art. II-65).

La “Europa fortaleza” se pone una vez más patente y con orweliana igualdad (“todos somos iguales, pero unos más iguales que otros”) establece significativas limitaciones en el derecho al trabajo o a trabajar para los ciudadanos de terceros estados (art. II-75). Se establece, de este modo, que los nacionales de terceros países no tienen reconocido el derecho social al trabajo, salvo que se encuentren autorizados a tal fin, en cuyo caso se reconoce la igualdad de derechos con los nacionales de los Estados miembros pero en términos débiles: “condiciones laborales equivalentes”. La política migratoria de la Unión Europea sigue siendo esencialmente “nacional”, en lo que se refiere a la ordenación de los flujos laborales y los mercados de trabajo.

Finalmente, los ciudadanos de la Unión Europea tienen plena libertad de movimientos a efectos de ejercer su derecho a trabajar. Las libertades de circulación de trabajadores por cuenta ajena y de establecimiento de profesionales y trabajadores han constituido desde sus orígenes uno de los fundamentos de la Europa unida. La libre circulación de trabajadores (arts. III-133 a 136), conserva su condición privilegiada en el nuevo Tratado pero sigue conservando, también, su estatus de libertad limitada de contenido prevalentemente económico. La referida libertad, nacida para desempeñar un papel propio en la mejora de la asignación de los recursos productivos europeos, contribuyendo a mejorar la localización de las empresas, a incrementar la utilización de mano de obra y a racionalizar la producción y distribución, sigue ligada, esencialmente, a día de hoy a la consecución de tales objetivos.

3. *Una moderada apuesta por el empleo.* El pleno empleo, junto a la reforma del mercado de trabajo y el fortalecimiento de los sistemas de protección social, se han configurado, respectivamente, objetivo y elementos clave de las políticas económicas y sociales diseñadas en el ámbito de la Unión Europea. Apuestas que se proyectan sobre un contexto de “empleo débil” [ALONSO] marcado por la precariedad, la temporalidad, la dificultad de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, etc.

El empleo se mantiene como un asunto de interés común, lo que es un reflejo de la subsistente interdependencia económica y social. No obstante, también la política de empleo aparece subordinada a la económica, como pone de manifiesto el art. III-204 de la nueva Constitución al establecer que las orientaciones sobre el empleo serán “compatibles con las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros adoptadas con arreglo al apartado 2 del art. III-179”. Precisamente por ello, y aunque no es posible negar que la política monetaria tiene una indudable influencia en el crecimiento y en el empleo, la Constitución mantiene la prescripción de que la política monetaria europea no debe cooperar, ni coordinarse con aquélla pues el apoyo a la política económica general de la Unión se condiciona al mantenimiento de la estabilidad en los precios.

La mayoría de los Estados miembros ha reformado sus estructuras de mercado de trabajo, en especial sus servicios de empleo, con el fin de controlar el desempleo de larga duración e incentivar la búsqueda activa de empleo. Las políticas de empleo tienden a ser más equilibradas, prestando atención tanto a las condiciones que favorezcan la creación de nuevas empresas y nuevos empleos como la igualdad de oportunidades. La Constitución reafirma la necesidad de consolidar una estrategia coordinada para el empleo que los Es-

tados miembros tienen en cuenta en sus respectivas políticas de empleo (art. III-203), y procede a recoger las previsiones que se habían incorporado a los precedentes Tratados comunitarios. Para apoyar la ejecución de esta estrategia, la Unión puede adoptar acciones de fomento que favorezcan la cooperación de los Estados miembros si bien, y ello es importante, expresamente se subraya que queda expresamente excluida la posibilidad de toda armonización por parte de la Comunidad (art. III-207). En todo caso, en esta realidad a los interlocutores sociales se les confiere un simple papel consultivo a través del llamado Comité de Empleo (art. III-208).

No obstante la afirmación de tan loables objetivos, se aprecia con claridad una neta discrepancia en el propio texto constitucional que si al enumerar los objetivos de la Unión en su art. I-3 literalmente establece que su acción se dirige a lograr una economía social de mercado, altamente competitiva “tendente al pleno empleo”, procede a modular luego tan ambicioso objetivo limitándose a establecer en su art. III-205 la necesidad de conseguir un “nivel elevado de empleo”.

4. *Libertad de empresa bajo el signo de la responsabilidad social.* La rentabilidad de la ética para la empresa viene siendo en los últimos tiempos una línea especialmente apoyada y fomentada. La Unión Europea está interesada en la responsabilidad social de las empresas en la medida en que puede contribuir positivamente al objetivo estratégico establecido en Lisboa: “convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social”. Ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo más en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores sociales. Dentro de la empresa, las prácticas responsables en lo social afectan en primer lugar a los trabajadores y se refieren a cuestiones como la inversión en recursos humanos, la salud y la seguridad (art. III-233.1), y la gestión del cambio, mientras que las prácticas respetuosas con el medio ambiente tienen que ver fundamentalmente con la gestión de los recursos naturales utilizados en la producción (art. III-233.2).

El derecho a la igualdad y a la no discriminación se garantiza en la Constitución como el resto de los derechos fundamentales con una vocación universalista y frente a la Unión Europea y a los Estados miembros, cuando apliquen el derecho comunitario (art. II-81). Pero es evidente que si el principio de igualdad debe proyectarse transversalmente sobre el entero ordenamiento jurídico y a la hora de desarrollar las políticas sociales, uno de los aspectos esenciales de la responsabilidad social corporativa se centra, también, en el desarrollo de las políticas de igualdad y en la gestión de la diversidad dentro de la empresa. Si bien, la Constitución no hace referencia a la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan ser lesionados por personas físicas o jurídicas, como pueden ser las empresas, pese a que el TJCE ya ha confirmado la vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Cabe señalar, por ello, el reflejo de una serie de cláusulas de alcance horizontal de contenido social relativas a la igualdad de la mujer y el hombre (art. II-83), o, en fin, a la prohibición de discriminaciones por razón de sexo (art. II-81).

Esta conexión de la acción social con la responsabilidad social de las empresas propone un equilibrio necesario entre trabajo, familia y ocio. La Constitución reconoce como derecho autónomo el derecho de los trabajadores a la “conciliación de la vida familiar y profesional”, situándolo como principal prioridad en la política familiar, de igual modo que el art. 16 de la Carta Social Europea declaraba a la familia “célula fundamental de la sociedad” y el art. 16.3 de la Declaración de los Derechos Humanos sentaba que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”. Su regulación alcanza específicamente a la protección de la maternidad y al reconocimiento específico del derecho al permiso parental y la protección contra el despido injustificado.

5. *El diálogo social autónomo como valor constitucional.* Se ha dicho que estamos en la “civilización de la conversación” [VENEZIANI]. No debe sorprender, por ello, que, en los últimos años, la cooperación y la colaboración vengán ganando terreno a costa de las clásicas ideas de conflicto y confrontación como instrumentos de interacción social. Conflicto y cooperación no se excluyen, pues ambos forman parte del mundo de las relaciones laborales pero entre ambos fluye una frontera móvil, que puede desplazarse en función de las circunstancias. Gráficamente se ha dicho que “el conflicto tiene que ser domesticado por las instituciones para que sea útil” [DAHRENDORF]. La Constitución apuesta firmemente por el valor del consenso como instrumento de ordenación de las relaciones sociales y en especial de las laborales. No otra significación puede darse a la afirmación contenida en el art. I-48, bajo el epígrafe *Interlocutores sociales y diálogo social autónomo* a tenor de la cual: “La Unión reconocerá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía”.

La materialización de la anterior idea tiene evidentes repercusiones en el texto del articulado de la nueva Constitución. La primera de las referidas manifestaciones tiene el efecto de producir una cierta devaluación del sistema dialéctico de relaciones laborales al establecer un principio de la simetría de armas entre trabajadores y empresarios (art. II-88). La huelga, en tanto derecho que tutela la acción colectiva en caso de conflicto de intereses, obtiene carta de naturaleza en el texto constitucional que asume, por tanto, una concepción dialéctica de las relaciones sociales pero lo hace a costa de situar a su mismo nivel las posibles medidas empresariales que se dirijan a la tutela de tan propios intereses. La norma envuelve un principio de “simetría de armas”, que rinde homenaje a la simetría de derechos entre empresarios y trabajadores, lo que resulta una elección más que discutible, ya que la atribución de la paridad de posiciones de las partes se traduce en la derrota inevitable del más débil. Es importante tener presente para las futuras interpretaciones de tan incierta disposición que el Comité de Expertos de la Carta Social Europea, que subraya esa paridad, ha matizado que tal opción no implica necesariamente plena paridad jurídica entre los dos medios de defensa.

La incorporación de modelos de democracia industrial basados en la información y consulta de los trabajadores son una clara manifestación de la anterior idea (art. II-87). En esta línea de potenciación de la autonomía colectiva, la Directiva 94/45/CE, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores de las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria ha supuesto un indudable paso adelante. Con el

mismo objetivo de apoyo a la negociación y de impulso a la negociación en la empresa se sitúa la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores. Disposición ésta en la que el establecimiento de tales sistemas de intervención de los trabajadores se convierte en un instrumento esencial para el nacimiento de la Sociedad, en la medida que las negociaciones sobre la cuestión de la implicación de los trabajadores deben necesariamente producirse en la fase de constitución de la Sociedad Europea y antes de la adquisición de su personalidad jurídica a través del registro. De igual modo y aprovechando el impulso y el consenso obtenido en materia de implicación de los trabajadores en las Sociedades Europeas, se ha adoptado la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, aun cuando su ámbito de aplicación esté limitado a empresas de al menos 50 trabajadores (o a centros de al menos 20 trabajadores).

Finalmente, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva (art. II-88) supone la clara consolidación del valor del diálogo en el mundo laboral. La experiencia comunitaria ha implicado una progresiva ampliación, que ha transitado desde las fórmulas germinales de diálogo social informal hasta la posibilidad, llena hasta el momento de interrogantes, de la creación de un espacio europeo de negociación colectiva. Con exactitud, podría decirse que la negociación colectiva comunitaria ha sido “más que un proyecto, menos que una realidad consolidada” [VALDÉS DAL-RÉ]. Con todo, las prácticas comunitarias de negociación frecuentemente se identifican más con la concertación social que con una auténtica negociación colectiva, poniendo de manifiesto los problemas que afectan a la organización y al funcionamiento eficaz de las partes sociales en el ámbito europeo, incluyendo el problema de la regulación de su representatividad, la clarificación de los procedimientos de negociación y la eficacia de los instrumentos acordados. Entre las manifestaciones más importantes de esta negociación a nivel comunitario, hay que citar los acuerdos concluidos entre la CES, la UNICE y el CEEP a propósito del permiso parental y el trabajo a tiempo parcial; el Acuerdo-Marco europeo de 16 de julio de 2002 sobre el teletrabajo; o, el más reciente, sobre el estrés en el lugar de trabajo.

6. *La materialización de la idea de solidaridad: Los sistemas de protección social.* El valor solidaridad constituye una versión secularizada del valor fraternidad, que es el tercero de los que defendió la revolución francesa. Si la libertad fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como lo fue la igualdad para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia a la solidaridad. El principio de solidaridad se materializa, probablemente, en la idea del sacrificio de los más favorecidos frente a los más desamparados.

El grado de protección de determinados derechos del ámbito sociolaboral aparece condicionado a lo que establezcan el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales (art. III-111). Lo anterior se observa con nitidez cuando se trata de derechos que requieren de un desarrollo normativo por su naturaleza prestacional, como es el caso

de los derechos de protección social. En el ámbito más concreto de la protección social y las políticas sociales, se enumeran los derechos de las personas mayores (art. II-85), a la integración de las personas con discapacidad (art. II-86), el derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales ante situaciones de necesidad, así como el derecho a ayudas sociales, con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza (art. II-94), y la protección de la salud (art. II-95). Especial significación tiene el expreso reconocimiento de la “dependencia” por el art. II-94, dentro del cuadro de mínimos que diseña el mencionado precepto. La dependencia, definida por el Consejo de Europa en su Recomendación nº (98) 9 del Comité de Ministros a los Estados miembros, al considerar que: “son personas dependientes quienes, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de una asistencia y/o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria”, abre un importante camino en el diseño de lo que pudiera ser un modelo de Estado del Bienestar Europeo.

Cualquier obra humana es perfectible y la Constitución Europea también lo es. Es un “modelo para armar” que deberá integrarse con la acción de la sociedad sobre ella al perfilar los detalles que terminarán de componer el diseño deliberadamente amplio que ahora se pone sobre la mesa. Decía el poeta que “se hace camino al andar” y este texto continúa andando el camino iniciado hace más de cincuenta años, por lo que esperamos que suponga en el futuro un paso significativo en la construcción de una Europa más social.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Administradores sociales: relación profesional y encuadramiento en la Seguridad Social.

Un repaso crítico por la última jurisprudencia

AURELIO DESDENTADO BONETE

Magistrado del Tribunal Supremo

Sumario:

1. La naturaleza de la relación profesional de los administradores sociales. ¿Un debate cerrado o todavía una cuestión abierta? A) Los criterios de laboralización y la “doctrina del vínculo”. B) El cierre de la “normalización” mercantil y la huida al arrendamiento de servicios. C) ¿Fisuras en la doctrina del vínculo? Un cambio sólo aparente. D) Un balance provisional. **2. El encuadramiento de los administradores sociales en la Seguridad Social: criterios generales y algunos problemas.** A) Consideraciones generales: la inclusión dual en el Régimen General o en el RETA. B) El factor funcional: el ejercicio de funciones de dirección y gerencia. ¿Alcanza la inclusión a los consejeros pasivos? ¿Hay un trabajo de administración social a tiempo parcial? C) El segundo factor de inclusión: la retribución o el carácter lucrativo de la administración social. D) El control efectivo de la sociedad como factor de asignación del encuadramiento entre regímenes.

1. LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN PROFESIONAL DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES. ¿UN DEBATE CERRADO O TODAVÍA UNA CUESTIÓN ABIERTA?

A) Los criterios de laboralización y la “doctrina del vínculo”

Me voy a ocupar en esta intervención de dos temas: la naturaleza de la relación profesional de los administradores sociales y el encuadramiento de éstos en la Seguridad Social. Se trata de temas que están obviamente relacionados, pero que no se confunden, pues, como es sabido, la ley ha dado una solución a la Seguridad Social de los administradores

que opera con cierta independencia de las conclusiones que puedan establecerse sobre la naturaleza de su relación profesional con la sociedad.

Con todo, el análisis de la naturaleza de la relación tiene una prioridad lógica sobre el encuadramiento y, por ello, es conveniente comenzar con este análisis antes de abordar los problemas que suscita la posición del administrador ante la Seguridad Social. Iniciaré, por tanto, la exposición examinando la naturaleza del vínculo contractual para luego referirme a la Seguridad Social. En realidad, cuando en el año 2000, publiqué con Elena DESDENTADO el libro *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores* creí que el problema de naturaleza de la relación profesional de los administradores estaba cerrado. No ha sido así, como ya he dicho en el prólogo al libro de Miguel Ángel Limón, *Administradores y directivos de las sociedades capitalistas*, en el que anticipé algunas reflexiones críticas que vuelvo a recoger aquí.

En principio, la situación parece clara. De acuerdo con la legislación mercantil la administración es un órgano de gobierno de la sociedad. Pero en el vínculo entre el administrador y la sociedad se admite una relación orgánica y otra de servicio. La primera es claramente mercantil. Pero en relación con la segunda se han suscitado algunas dudas, porque en la actividad de los administradores pueden darse los rasgos típicos de la relación laboral. Es un trabajo por cuenta ajena desde el momento que admitimos que el administrador es algo más que un órgano y que su relación de servicio con la sociedad expresa precisamente un elemento de ajenidad. Puede haber también dependencia. Esta es clara en el art. 45.2 de la LSRL. Pero también en la sociedad anónima hay normalmente una dependencia política y una dependencia algo más que política en el caso de administradores con poderes delegados. El trabajo del administrador puede ser retribuido y, desde luego, es de aceptación voluntaria.

Tenemos así todos los caracteres de la relación laboral, al menos para los administradores retribuidos. Pero, con buen criterio, aunque quizá con poca fortuna estilística, el art. 1.3.c) del ET los excluye del ámbito del ordenamiento laboral. La exclusión me parece atinada por dos razones. En primer lugar, porque en el caso de los administradores no cabe apreciar, como regla general, ninguna de las causas que justifican la intervención tutelar del Derecho del Trabajo. Más bien se da el caso contrario: en la mayoría de los supuestos el problema consiste en proteger a la sociedad de sus administradores. En segundo lugar, porque la duplicidad de regulaciones legales y la concurrencia de órdenes jurisdiccionales tienen consecuencias muy negativas, como muestra la experiencia.

Sin embargo, la exclusión no ha sido aceptada pacíficamente y tanto en la teoría como en la práctica hemos visto desarrollarse ciertas *estrategias laboralizadoras*, que han operado a través de dos vías. La primera, más directa, ha intentado “laboralizar” a algunos administradores. Es un intento difícil, pero ha podido utilizar algunas expresiones del art. 1.3.c) del ET. Y así, se ha dicho que sólo estaría excluido del ámbito laboral el mero consejero del órgano colegiado, que se limita a una actividad de asesoramiento o consejo, pero que

Relación profesional y encuadramiento de los administradores sociales

quedaría incluido en el ámbito laboral el consejero delegado o el consejero miembro de una comisión ejecutiva, que ya no es mero consejero, sino que asume un plus de actividad profesional. Pero con ello se olvida que el mero consejero no se dedica a “aconsejar”, como creen algunos filólogos ingenuos y algún legislador poco avisado, sino que también asume la gestión social, aunque lo haga de forma colegiada y sin dedicación profesional. Y se olvida también que el precepto lo que excluye es toda la actividad propia del miembro de la administración social cuando se realiza por el órgano que tiene este carácter, sea colegiado o personal, y se trate administración originaria o delegada.

La segunda vía de laboralización es indirecta y más sutil. Ha consistido en superponer a la relación de administración social otra relación laboral gemela de alta dirección. Esta relación es, según el art. 1.2 del RD 1382/1985, la que tiene por objeto el ejercicio “de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa”, que son precisamente los poderes de dirección, gestión y representación que corresponden a la administración social. Es muy fácil para un administrador suscribir, con él mismo o con sus compañeros en el órgano de administración, un contrato de trabajo de alta dirección para hacer lo mismo que tiene que hacer como administrador, pero pudiendo pactar unas retribuciones o indemnizaciones que no están autorizadas por los estatutos. La finta es algo burda y para deshacerla surgió la denominada “doctrina del vínculo” a partir de la STS, Sala Sexta, de 29 de septiembre de 1988, luego reiterada en otras sentencias posteriores. Lo que dice esta sentencia es que la administración social está excluida del ámbito laboral por el art. 1.3.c) del ET y ello tanto cuando se desempeña un mero cargo de consejero, como cuando se tiene la condición de consejero delegado o de miembro de la comisión ejecutiva, porque quien ejerce funciones delegadas por el consejo no hace otra cosa que realizar funciones propias del cargo de administración, y no cabe en estos casos recurrir al contrato de alta dirección. Este contrato sólo tiene sentido cuando se trata de una relación con una persona ajena al órgano de administración a la que se *apodera* para realizar esas funciones, pero no cuando se *delegan* funciones propias del órgano de administración en uno de sus miembros. La doctrina del vínculo se ha mantenido desde entonces, aunque con algunas fisuras de mayor o menor calado, a las que luego me referiré.

LA ADMINISTRACIÓN SOCIAL ESTÁ EXCLUIDA DEL ÁMBITO LABORAL POR EL ARTÍCULO 1.3.C) DEL ET TANTO CUANDO SE DESEMPEÑA UN MERO CARGO DE CONSEJERO, COMO CUANDO SE TIENE LA CONDICIÓN DE CONSEJERO DELEGADO O DE MIEMBRO DE LA COMISIÓN EJECUTIVA

B) El cierre de la “normalización” mercantil y la huida al arrendamiento de servicios

Lo que interesa ahora es señalar que el cierre de esa huida hacia el Derecho del Trabajo no debería impedir que los problemas profesionales de los administradores se solucionaran adecuadamente en el marco de la legislación mercantil. La Ley de Sociedades Anónimas contiene una ordenación muy sumaria que remite a los estatutos sociales. Esta remisión permite una flexibilidad que resulta muy conveniente ante la diversidad de situaciones de empleo, dedicación y remuneración que se producen en relación con esta actividad profesional. La norma mercantil sólo exige transparencia y control: que las retribuciones y las indemnizaciones de los administradores se prevean en los estatutos y estén, por tanto, controladas por los socios. Pero los beneficios de esta solución legal han quedado prácticamente bloqueados como consecuencia de una interpretación demasiado rígida del principio de libre separación (art. 131 LSA). El cierre se produjo con la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1992, que en el caso *Huarte* —el mismo que había resuelto en el orden laboral la STS, Sala Sexta, de 29 de septiembre de 1988— cerró el paso a los pactos de indemnización por cese de los administradores considerando que éstos eran contrarios a la libertad de revocación que la ley otorga al consejo de administración; razonamiento que es obviamente generalizable a la revocación de los administradores por la junta general. Esta sentencia impidió una *normalización mercantil* de los problemas profesionales de los administradores y siguió forzando la *huida hacia el Derecho del Trabajo* y ello no sólo en los casos en que esa huida buscaba excluir la transparencia, sino también en otros en que se trataba de establecer una regulación profesional completamente regular. Con todo, la doctrina civil del caso *Huarte* no parecía definitiva. Se trataba de un caso singular en el que las indemnizaciones no habían sido establecidas en los Estatutos y quizá en un caso el que existiera una previsión estatutaria ese criterio tan restrictivo hubiera podido ser matizado.

Pero, como si se tratara de una predicción de la *Ley de Murphy*, no sólo no se produjo esa apertura a la normalización mercantil, sino que la situación de confusión ha empeorado con la aparición de otra huida, la *huida hacia el arrendamiento de servicios*. Ésta se abre con la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2001 (*caso Mattel*), que viene a aceptar la posibilidad de un contrato de servicios con un consejero delegado en el que se pactan retribuciones e indemnizaciones específicas al margen de las previsiones estatutarias. De esta forma, la relación superpuesta no es laboral y tampoco es una relación de administración, sino un vínculo civil que se *adiciona* al de administración social y permite eludir las prohibiciones en materia de retribución y “blindaje” de los administradores. Esta doctrina contradice la anterior del caso *Huarte* y es, en mi opinión muy cuestionable, porque la “alta dirección y la gestión”, que se considera que “rebasaban las (funciones) propias de los administradores”, son en realidad funciones típicas de la administración social y porque por esta vía del contrato de servicios adicional se eliminan los controles de la ley mercantil sobre la remuneración y las indemnizaciones de los administradores, y esto va mucho más lejos de lo que la flexibilidad aconseja. Y si no, léase lo que dice la Sentencia de la Sala Primera de 27 de marzo de 2003 (*caso Damas*): “no se infringió el art. 130 LSA, porque la exigencia de la previsión estatutaria se refiere a la re-

tribución de los administradores por el desempeño de tal cargo, y no la que pueda fijarse por otro concepto como la retribución laboral o servicios de alta gerencia (Sentencia de 9 de mayo de 2001), siendo perfectamente compatibles ambas relaciones –societaria y laboral– (Sentencia de 26 de abril de 2002)”. El resultado es sorprendente, pues resulta que no puede permitirse que los estatutos establezcan una indemnización por cese para el administrador social, pero el órgano de administración sí puede pactar, mediante un contrato de servicios con uno de sus miembros, una indemnización “de alto blindaje” sin previsión estatutaria y sin control alguno de la Junta General. De la máxima rigidez para garantizar las facultades de libre separación, hemos pasado a la máxima flexibilidad, con grave daño para la transparencia. Los administradores pueden pactar entre ellos sus condiciones de trabajo sin control alguno. Y para ello basta sólo con cambiar el nombre de la cosa, llamándola “contrato de servicios” en lugar de contrato de administración social o contrato laboral de alta dirección.

C) ¿Fisuras en la doctrina del vínculo? Un cambio sólo aparente

Dentro de la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo han surgido también algunas fisuras. La primera es ya histórica y se produjo con la STS, Sala Cuarta, de 13 de mayo de 1991 en el caso *West Rubber España*. Era un caso muy singular, en el que los estatutos sociales preveían la separación de la administración social y la dirección general, y en atención a ello la sentencia llegó a la conclusión de que en el supuesto examinado las funciones del actor como consejero delegado y director general podían diferenciarse y aplicarse a la segunda la calificación de alta dirección laboral. Se ha criticado esta excepción, porque genera inseguridad jurídica y abre la vía para conductas estratégicas. La crítica me parece ahora acertada. El que los estatutos sociales admitan la dualidad de cargos no es relevante en orden a la incompatibilidad de relaciones. Esa previsión es sólo un reconocimiento de que junto a la administración social puede haber una dirección general, desempeñada por un apoderado que no pertenece al órgano de administración. Pero no es posible que los estatutos autoricen que un miembro de la administración social sea a la vez un director general sometido a un régimen laboral y ello porque ésta no es materia disponible por los estatutos, porque la ley somete a los administradores a un régimen mercantil y no laboral y porque además esta separación orgánica no garantiza la transparencia, ya que de esta forma los accionistas no controlan el régimen retributivo e indemnizatorio que va a aplicarse, en definitiva, a un administrador. En cualquier caso, me parece que de esta forma no se está criticando a la doctrina del vínculo, sino que se está combatiendo una desviación que se ha producido en la misma. La solución no consiste en revisar la doctrina de vínculo, que es dogmáticamente correcta, sino en eliminar las excepciones.

En dos sentencias posteriores de la Sala Cuarta las fisuras en la doctrina del vínculo podrían ser aparentemente más graves. La primera de estas sentencias es la de 24 de octubre de 2000. Se trata de un supuesto bastante raro, en el que se acepta la existencia de relación laboral entre una persona que era a la vez director-gerente y miembro del consejo de administración. Esto supondría una rectificación de la doctrina del vínculo. Pero, por extraño que parezca, tal rectificación es más que dudosa: 1º) porque la sentencia considera que el cargo de administrador es más formal que real y 2º) porque tampoco se pronuncia dicha sentencia sobre el carácter de la relación laboral concurrente y, en concreto, sobre si

ésta es de alta dirección o común y es sabido que la doctrina de la Sala Cuarta no extiende a la relación laboral común la incompatibilidad con la administración que aplica a la relación especial de alta dirección. La sentencia, por tanto, no resulta concluyente.

La segunda sentencia es la de 26 de febrero de 2003¹. Es, sin duda, una sentencia de gran interés, pero ciertamente sorprendente, porque, cuando, pese a la STS de 24 de octubre de 2000, se pensaba que el tema de la incompatibilidad entre alta dirección y administración social estaba cerrado, nos dice que sobre esta cuestión “la jurisprudencia no ha dado una respuesta uniforme y mantenida”. Y luego lanza un desafío claro a la doctrina del vínculo, que se apoya en dos razones, una práctica y otra dogmática. La práctica se funda en una consideración humanitaria, cuando señala que “... no es razonable dejar jurídicamente desamparado a quien, en rigor, ha quedado vinculado con la sociedad mediante un pacto específico” (el contrato de alta dirección firmado por quien ya es consejero delegado). La razón dogmática, que puede relacionarse con alguna posición minoritaria de la doctrina mercantilista, se funda en que quien pacta junto a la administración social una relación de alta dirección por cuenta ajena se está sometiendo contractualmente a unas limitaciones que superan las que son propias del cargo de administrador, como son la de someterse a las instrucciones del consejo de administración (caso de las delegaciones) o la de someterse a un régimen de plena dedicación o de no competencia. Ninguna de estas razones me parece concluyente. El argumento de la confianza olvida que ésta ha de lograrse por los cauces legalmente establecidos, que son los que garantizan la transparencia y la defensa de los intereses de los socios frente a posibles abusos de poder. Ésta es la razón de la regla del art. 130 LSA que no puede obviarse por la pretendida confianza en un pacto *contra legem*, que, en realidad, está eludiendo la regla del art. 130 LSA y la incompatibilidad que de ella se deriva. El argumento dogmático de las obligaciones adicionales no es convincente, pues las contrapartidas derivadas de esas mayores obligaciones no necesitan establecerse a través de una relación laboral; pueden serlo perfectamente en la relación de servicios mercantil sin más exigencia que la previsión estatutaria. Hay relaciones de servicio dependientes, con plena dedicación y con obligaciones de no concurrencia, que no son laborales.

Por lo demás, conviene recordar que en nuestro Derecho desde la perspectiva legal no hay posibilidad de distinguir entre la administración social y la dirección de la empresa; esta última es administración social en sentido estricto. Y también hay que precisar que la regla de incompatibilidad entre alta dirección laboral y administración social no se limita a los administradores ejecutivos. El mero consejero tampoco puede celebrar un contrato laboral de alta dirección con la sociedad. La razón es muy simple: la atribución de funciones del consejo a un miembro del mismo es una delegación y no un simple apoderamiento a una persona externa al órgano de gobierno social. El consejero que asu-

(1) Sobre esta sentencia vid. el comentario de I. GARCÍA-PERROTE, “¿Hacia la compatibilidad entre la condición de consejero delegado y del alto directivo?” en *Jurisprudencia Laboral*, núm. 3/2003. La STS de 26 de febrero de 2003 recoge en mi opinión algunas posiciones avanzadas por algún sector de la doctrina mercantilista. Vid., en ese sentido, el trabajo de S. SÁNCHEZ GIMENO, “Los contratos –civiles o laborales– de alta dirección celebrados con administradores ejecutivos de sociedades”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 245/2002.

me personalmente funciones delegadas del consejo es y debe ser un consejero delegado; no un director general. Y esto es así, porque en otro caso se abre una vía facilísima para eludir el control por los socios de las condiciones de empleo de los administradores.

Pero, con todo, surge la duda de si con estas sentencias se ha abierto de nuevo la vía de la huida al Derecho del Trabajo. GARCÍA-PERROTE, al comentar la STS de 26 de febrero de 2003 se pregunta si podemos estar ante un giro en la jurisprudencia social. Si fuera así, ¿vamos a asistir a una carrera de huidas, unas al arrendamiento de servicios y otras al contrato laboral de alta dirección? La Sala Cuarta, en la Sentencia de 17 de julio de 2003, se ha apresurado a reiterar la doctrina tradicional y a indicar que el criterio de la Sentencia de 26 de febrero de 2003 no tiene efectos jurisprudenciales, porque se trata de una sentencia que se limita a apreciar una causa de inadmisión del recurso².

d) Un balance provisional

La huida laboral parece que se ha detenido. Pero, como puso de relieve hace tiempo el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA en un trabajo fundamental, hay algo que está funcionando mal en nuestro sistema. La solución no está, sin embargo, en la huida al Derecho del Trabajo, ni en la huida al arrendamiento de servicios. Éstas son soluciones no transparentes y, por tanto, contrarias a la garantía del interés social. En mi opinión la solución pasa por que no sea necesario tener que huir del régimen mercantil y en aplicar medidas transparentes y eficientes en la interpretación del art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas: dejar que los estatutos sociales puedan prever no sólo la retribución de los administradores, sino también un sistema de indemnizaciones por cese y dejar que la Junta General concrete en cada caso las previsiones estatutarias en estas materias. Es el criterio demasiado rígido del caso Huarte el que ha llevado al criterio demasiado flexible del caso Mattel y el que presiona a favor de la imposible laboralización de los administradores sociales. El Derecho del Trabajo tiene sus límites y no sirve para regular la relación de los administradores; incluso para los altos directivos ha habido que crear una ficción del Derecho del Trabajo, que constituye la negación pura y simple

**LA ATRIBUCIÓN DE
FUNCIONES DEL CONSEJO
A UN MIEMBRO DEL MISMO
ES UNA DELEGACIÓN
Y NO UN SIMPLE
APODERAMIENTO A UNA
PERSONA EXTERNA AL
ÓRGANO DE GOBIERNO
SOCIAL**

(2) Sobre la situación resultante puede verse mi nota "Administradores sociales: últimas noticias contradictorias", en *La Ley*, núm. 5891/2003.

de todos sus principios. Para farsas, basta con una. Y en cuanto al proceso social, es clara su inadecuación estructural para resolver cuestiones tan complejas como las que constituyen el régimen profesional de los administradores, aparte de que sería completamente disfuncional atribuir la competencia sobre la relación orgánica a un orden jurisdiccional y sobre la relación de servicios a otro. El problema de los directivos que ascienden a administradores y pierden sus garantías laborales tiene una solución fácil, sin necesidad de forzar la laboralización de la administración social: basta con que se pacte la conservación del contrato de alta dirección mientras dure el desempeño del cargo de consejero en la línea del art. 9 del RD 1382/1985.

2. EL ENCUADRAMIENTO DE LOS ADMINISTRADORES SOCIALES EN LA SEGURIDAD SOCIAL: CRITERIOS GENERALES Y ALGUNOS PROBLEMAS

A) Consideraciones generales: la inclusión dual en el Régimen General o en el RETA

El encuadramiento de los administradores sociales en la Seguridad Social ha sido tan atormentado o más que la determinación de la naturaleza de su relación y su deslinde con la alta dirección laboral³. Aunque el Reglamento General del Mutualismo Laboral parecía incluir a los administradores sociales, era discutible que estuvieran encuadrados en el Régimen General a partir de la LASS de 1966 y, desde luego, no se consideró nunca su inclusión en la Seguridad Social como autónomos. Pero desde finales de los setenta se advierte una actuación administrativa —confirmada por el orden contencioso-administrativo— que los incluye en el Régimen General, interpretando en este sentido la inclusión de los “cargos directivos de las empresas”; inclusión sólo limitada a los que ostentan “pura y simplemente cargos de consejeros” en las sociedades. Pero el criterio de la Administración cambia a principios de los años 90 con la resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica de 23 de junio de 1992, que optó por la inclusión de los administradores sociales ejecutivos en el RETA. Con las SSTs de 4 de junio de 1996 y 29 de enero de 1997, Sala Cuarta, la doctrina jurisprudencial impone, no sin problemas, una solución más matizada: los administradores se incluyen en el Régimen General, aunque sin protección de desempleo (STS, Sala Cuarta, de 14 de mayo de 1997), salvo que deban estarlo en el RETA por tener un participación social igual o superior al 50 por ciento del capital social. Ante esta solución reaccionó la Ley 66/1997, reafirmando el criterio de la Resolución de 23 de junio de 1992: todos los administradores ejecutivos retribuidos de forma directa o indirecta se incluían en el RETA. Pero con el art. 34 de la Ley 50/1998 se vuelve a la solución mixta jurisprudencial: inclusión de los administradores sin control efectivo de la sociedad en el Régimen General, aunque sin desempleo, y encuadramiento en el RETA de los administradores con control efectivo de la sociedad.

(3) Para un análisis más completo de los problemas del encuadramiento de los administradores sociales remito a A. DESDENTADO BONETE/E. DESDENTADO DAROCA, *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Lex Nova, 2000, y M. LIMÓN LUQUE, *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas*, Aranzadi, 2004. Una síntesis completa y actualizada de estos problemas en C. MARTÍNEZ MORENO, “La regulación del trabajo de consejeros y directivos”, de próxima publicación.

Veamos algunos problemas que plantea esta inclusión. En realidad, podemos distinguir tres situaciones: 1) los administradores sociales sin una actividad profesional relevante y sin un ejercicio lucrativo del cargo, que quedan fuera de la Seguridad Social, 2) los administradores con dedicación profesional retribuida y sin control de la sociedad que se encuadran en el Régimen General [art. 97.2.k) de la LGSS] y 3) los administradores con dedicación profesional lucrativa con control efectiva de la sociedad, que se incluyen en el RETA (Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS).

Hay, por tanto, tres factores que operan a efectos del encuadramiento: 1) el ejercicio de una actividad profesional que se traduce en “el desempeño de funciones de dirección y gerencia”, 2) la realización de estas funciones de forma retribuida o a título lucrativo y 3) la concurrencia o no de una posición cualificada del administrador en el control de la sociedad. Los dos primeros factores determinan la inclusión en la Seguridad Social, mientras que el tercero delimita el encuadramiento en el Régimen General o en el RETA. A continuación se examinan algunos problemas que plantea la aplicación de estas previsiones legales.

B) El factor funcional: el ejercicio de funciones de dirección y gerencia. ¿Alcanza la inclusión a los consejeros pasivos? ¿Hay un trabajo de administración social a tiempo parcial?

El desempeño de las funciones de dirección y gerencia opera tanto para inclusión en el Régimen General como para la inclusión en el RETA. Es, sin embargo, una referencia demasiado amplia, pues todo miembro del órgano de administración social desempeña estas funciones. El criterio lógico, a partir de la realidad de la existencia de consejeros activos y pasivos, sería limitar la inclusión a los administradores que tienen una dedicación profesional a la gestión de la sociedad. En la Ley 66/1997 se partió de una falsa contraposición entre administradores con funciones directivas y gerenciales y otros que desempeñarían sólo funciones distintas, “consultivas y de asesoramiento”, a efectos de limitar la inclusión a los primeros. La distinción se ha eliminado en la redacción definitiva de la Ley 50/1998. Pero sigue manteniéndose en algunas resoluciones administrativas, con lo que en realidad todos los administradores –incluidos los consejeros “pasivos”, que se limitan a asistir y votar en el consejo de administración– estarían incluidos, porque todos realizan funciones de dirección y gerencia. Este criterio es erróneo, porque no parece que la ley haya pretendido la inclusión de los consejeros pasivos que sólo realizan una labor de administración esporádica, aunque pueda estar retribuida en atención a las “asistencias” al consejo de administración. Si se impone el criterio administrativo, los consejeros “pasivos” retribuidos por asistencia deberían quedar incluidos. Pero, como sería absurdo mantener permanentemente el alta y la cotización cuando sólo se prestan servicios los días de reunión, probablemente habría que cursar el alta sólo los días en que se celebra la reunión del consejo; solución que tampoco deja de ser absurda: ha aparecido el administrador fijo discontinuo.

Pero no es ésta la única sorpresa. También ha aparecido el administrador a tiempo parcial. Desde una perspectiva material, el administrador no suele trabajar a tiempo parcial, porque normalmente no presta sus servicios en régimen de jornada. Por otra parte, en

la regulación mercantil no existe un régimen de trabajo a tiempo parcial formalizado en una modalidad contractual como la que regula el art. 12 del ET, aunque es obvio que cabe establecer con la sociedad la dedicación reducida y sin exclusividad. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial ha admitido la figura del administrador a tiempo parcial. La regla general es que la administración social se presta siempre a tiempo completo, porque esa dedicación es la que se deriva de “la propia naturaleza” de una actividad que “no está sometida a límites temporales ..., sin que en modo alguno pueda aplicarse el art. 12 del ET, a efecto de cotizaciones” (STS, Sala Cuarta, de 1 de julio de 2002, reiterada por otras posteriores, entre ellas las de 23 de diciembre de 2002, 21 de enero de 2003, 17 de julio de 2003), aunque esta regla cede cuando se acredita que el administrador “desarrolla otras actividades similares en otra empresa dándose un caso de concurrencia de actividades” (SSTS de 5 de noviembre de 2002 y 23 de septiembre de 2003, Sala Cuarta). Lo que se produce es una presunción muy fuerte a favor del trabajo a tiempo completo; presunción que sólo se rompe por la prueba de una actividad concurrente en otra empresa. Parece que, aunque las sentencias citadas se refieren a “servicios similares”, la solución valdría también en una actividad concurrente que no fuera de administración social, aunque debe tenerse en cuenta lo que más adelante se dirá sobre la absorción por la administración de los trabajos concurrentes dentro de la misma empresa.

C) El segundo factor de inclusión: la retribución o el carácter lucrativo de la administración social

El cargo de administración social ha de ser retribuido. El art. 97.2.k) de la LGSS, al regular la inclusión en el Régimen General, señala que la actividad de los administradores ha de ser retribuida como tal o “por su condición de trabajadores” de la sociedad. Por su parte, la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la misma Ley, en la relativo a la inclusión en el RETA, precisa que para la inclusión es necesario que el cargo se desempeñe “a título lucrativo”.

Estos preceptos plantean problemas distintos. Lo que hace el art. 97.2.k) de la LGSS es aplicar la inclusión no sólo cuando existe una actividad retribuida de administración (es decir, cuando los estatutos prevén la retribución de la administración), sino también cuando la administración social no es retribuida, pero hay una relación laboral concurrente con la empresa. En ese caso de concurrencia de relaciones, la administración social absorbe a la relación laboral a efectos de inclusión y la retribución como trabajador se imputa, a efectos de cotización y prestaciones, a la administración social. La norma se complica cuando hay concurrencia, pero tanto la administración social como la relación laboral están retribuidas. En este caso no está claro si hay una doble inclusión –con aplicación analógica de las normas sobre pluriempleo– o sólo una inclusión como administrador y en esta última hipótesis si se toma sólo la retribución de administrador o se suman las dos retribuciones.

En cuanto a la regla de la Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS, hay que tener en cuenta que el carácter lucrativo del cargo se vincula normalmente a la retribución del administrador, que puede existir en cualquiera de las formas que autoricen los

estatutos sociales (art. 130 LSA). El problema surge cuando la administración social no es retribuida. Aquí no hay regla como la del art. 97.2.k) de la LGSS, que remita a una posible retribución laboral concurrente, lo que plantea el problema de si puede acudir a esa regla por analogía. Sin embargo, esta solución parece que permite la referencia a “otros servicios” que utiliza la Ley. El problema surge cuando no hay ninguna retribución, ni directa, ni indirecta. Parece que en ese caso no habría inclusión. Pero la Administración de la Seguridad Social ha entendido que el desempeño de un cargo de administración social cuando se tiene el control efectivo de la sociedad actúa siempre lucrativamente, porque la titularidad de un porcentaje relevante de las acciones o participaciones sociales produce los correspondientes beneficios. Una reciente Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2004 (recurso 1683/2003) ha confirmado este criterio. Para la sentencia el cambio de la redacción de la Ley 66/1997 por la de la Ley 50/1998 tiene un sentido inequívoco: “esta última norma trató de regular el problema de la retribución de los administradores ejecutivos que tuviesen, al menos, la mitad del capital social, exigiendo junto al control efectivo de la sociedad que el desempeño del cargo fuese título lucrativo, expresión esta más amplia que la de servicios retribuidos y que significa que quien dispone del control de la sociedad mercantil capitalista con la mitad o más de su capital y lleva a cabo en ella funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador se entiende que esa actividad está encaminada a la obtención de beneficios y de hecho se obtienen, no como retribución directa, sino como atribución patrimonial propia de la actividad empresarial”.

Sin embargo, esta solución suscita algunas dudas importantes. Sin percepción de rentas derivadas de una actividad profesional no puede funcionar un sistema contributivo de Seguridad Social, porque si no hay renta sustituida, no puede haber renta de sustitución. La inclusión se justifica señalando que la renta sustituida está constituida por los beneficios derivados de la participación en el capital social. El argumento no es concluyente, porque hay situaciones de control en que el administrador no percibe beneficios sociales y porque lo que protege una seguridad profesional es la pérdida de rentas derivadas del trabajo y los beneficios no son rendimientos derivados de una actividad profesional (el trabajo de administración), sino de la titularidad del capital. El administrador social no puede compararse en este punto con el trabajador autónomo, porque

PARA SU INCLUSIÓN EN EL RGSS LA ACTIVIDAD DE LOS ADMINISTRADORES HA DE SER RETRIBUIDA MIENTRAS QUE PARA LA INCLUSIÓN EN EL RETA ES NECESARIO QUE EL CARGO SE DESEMPEÑE A TÍTULO LUCRATIVO



para éste el beneficio de la explotación es inseparable del trabajo personal y directo que presta en ella, lo que no sucede en el caso del administrador-socio, que percibe beneficios por esta segunda condición, pero no retribución por la primera. La Seguridad Social protege la pérdida de rentas profesionales; no la de las rentas de capital.

D) El control efectivo de la sociedad como factor de asignación del encuadramiento entre regímenes

El tercer factor a tener en cuenta es la concurrencia o no de un control efectivo de la sociedad por parte del administrador. Éste es un factor que no es determinante de la inclusión, sino del encuadramiento en el Régimen General —o el que proceda por razón de la actividad— y el RETA. Si hay control, el encuadramiento se produce en el RETA, y si no lo hay en el Régimen General. La Disposición Adicional Vigésima Séptima de la LGSS se refiere a un control “efectivo”, “directo o indirecto”. Este control es difícil de determinar y se vincula normalmente a la titularidad del capital social, pero puede excepcionalmente operar al margen de esa titularidad, como muestra el apartado 1º del párrafo 2 del número 1 de la Disposición Adicional citada. Esta opción por el control como medio para pasar de un trabajo por cuenta ajena a un trabajo por cuenta propia tiene apoyo jurisprudencial (STS de 29 de enero de 1997), pero no está exenta de problemas: uno de ellos es el ligar el encuadramiento en la Seguridad Social a los avatares de la propiedad del capital. Por otra parte, la propia noción de control presenta dificultades importantes. La ley ha tratado de obviarlas, estableciendo una presunción general de iure y tres presunciones especiales *iuris tantum*. La presunción general establece que hay control efectivo siempre que la participación en el capital social servicios sea igual o superior a la mitad de éste. Pero esta regla aparentemente simple puede, sin embargo, tener complicaciones en el caso de las acciones sin voto y dificultades de aplicación en el caso de las acciones al portador, aparte de los supuestos de copropiedad o sindicación de acciones.

Las presunciones *iuris tantum* son tres. La primera se refiere a un control indirecto de carácter familiar, que afecta a quien forme parte de un grupo familiar —con parentesco hasta el segundo grado— de convivencia, cuyos miembros posean “al menos la mitad del capital social de la sociedad”. De esta forma, el administrador puede tener el control efectivo, aunque no tenga participación en el capital social, si convive con un grupo familiar que sí tiene ese control. La segunda presunción se refiere ya a la participación social en el capital social: una participación igual o superior a la tercera parte del mismo determina que se aprecie, salvo prueba en contrario, una situación de control. Pero para los administradores juega la tercera presunción, que se produce cuando con una participación de una cuarta parte o más del capital social la persona que trabaja para la sociedad tiene también atribuidas en ésta funciones de dirección o gerencia. Las presunciones no agotan la posibilidad de acreditar la existencia del control, pues “en los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad”.

La opción por la inclusión dual es, por tanto, de gestión muy compleja. El futuro dirá si los costes de esa gestión justifican las finalidades que se persiguen con esta solución, por lo de-

Relación profesional y encuadramiento de los administradores sociales

más, demasiado apegada a una noción algo anticuada del levantamiento del velo. También tiene escasa justificación la exclusión del desempleo para los administradores incluidos en el Régimen General. El administrador puede cesar en su trabajo y quedar en desempleo. El alto directivo laboral accede a esa protección y no hay problemas instrumentales insuperables para extender esa medida, estableciendo algunas reglas especiales para la acreditación de la situación protegida.

La Ley 50/1998 ha estabilizado, de momento, la situación legislativa, lo que ya es positivo. Pero el debate sobre el estatuto profesional de los administradores y sobre su situación en la Seguridad Social sigue abierto.

La compatibilidad de la protección complementaria de las mutuas de colegios profesionales con el RETA

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

Doctora en Derecho
Profesora del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

1. Consideraciones generales acerca de las Mutuas. 2. Evolución de las relaciones de los profesionales colegiados con el RETA. A) La primera etapa: la limitación en la protección. B) El análisis de la situación de desigualdad de trato por el Tribunal Constitucional. C) La asimilación con el colectivo de los trabajadores por cuenta propia. **3. La irrupción del artículo 17.2 del nuevo Reglamento de Mutualidades de Previsión Social.**
4. Las distintas posiciones en la STS de 22 de junio de 2004. A) La vulneración del principio de jerarquía. B) La alegación del Abogado del Estado: la futilidad del precepto. C) Otras alegaciones de los recurrentes: la compatibilidad de la cobertura. **5. Conclusión: la doble función de las Mutuas de Previsión Social. 6. Bibliografía utilizada.**

1. CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DE LAS MUTUAS

Las Mutuas de Previsión Social, como herencia de las cofradías gremiales, asociaciones profesionales de socorros mutuos, cumplen objetivos de protección de las necesidades de los sujetos que se encuentran encuadrados en su ámbito subjetivo¹. Se trata de comunidades de riesgos que sirven de base a cualquier sistema de seguros, donde su gobierno y resultado económico corresponde a los propios asegurados y, en consecuencia, donde los mutualistas reparten entre ellos la siniestralidad acaecida. Dentro de las Mutualidades, hay algunas cuyo objetivo concreto consiste en la organización y administración de sistemas de previsión social. Son las denominadas Mutualidades de Previsión Social, y son éstas sobre las que se va a reflexionar en este trabajo. En concreto, se examinarán las Mutualidades

(1) RUMEÚ DE ARMA, A., *Historia de la previsión social en España*, Madrid, 1944, págs. 15 y ss.

de Previsión Social de tipo profesional, esto es, aquéllas cuyo colectivo de mutualistas está adscrito a una profesión concreta².

En general, las Mutuas desarrollan sus actividades en dos ámbitos fundamentales: por una parte, se dedican a realizar labores propias de una entidad aseguradora y, por otra, administran prestaciones sociales de forma similar al sistema público de Seguridad Social³. Con el objeto de diferenciar estas distintas gestiones, de tal diversa naturaleza, se obliga a las Mutualidades a separar sus operaciones de seguro de las llevadas a cabo en su condición de otorgadora de prestaciones⁴. Este objetivo principal, que aquí se señala, se relaciona con la propia esencia del concepto de previsión social, en cuanto a técnica específica de tutela de los ciudadanos frente a las situaciones de necesidad más típicas, cuyo origen está en un acto voluntario del protegido⁵. Esto es, a diferencia de lo que ocurre con el sistema público de protección, en la actualidad el hecho de ser atendidos por estas entidades es una opción personal y libre de cada sujeto aunque, como se verá, esta condición no se ha articulado siempre de forma semejante.

De acuerdo con lo dicho, la protección social de los profesionales, cuya actividad se desarrolla en el marco de la colegiación, por ejemplo, abogados, arquitectos, médicos, procuradores de los tribunales, entre otros, puede obtenerse a través de dichas Mutuas a las que se les abona cuotas a cambio de la concesión de determinada atención de ciertas carencias especificadas en sus estatutos, que no siempre coinciden perfectamente con las otorgadas desde el ámbito público. La LOSSP determina que estas Entidades podrán cubrir riesgos sobre las personas y sobre las cosas. En relación con las primeras, que es el punto de vista que interesa en este trabajo, se establece que las contingencias atendidas podrán ser la muerte, orfandad, viudedad, jubilación, enfermedad e incapacidad. De la misma manera, se concederán prestaciones por razón de matrimonio, maternidad, hijos y defunción. De esto se deduce que la cobertura dispensada puede ser similar a la establecida en el ámbito del sistema de la Seguridad Social, aunque no existe obligación de que ambas coincidan exactamente, sino que entre todas las protecciones mencionadas la Mutua podrá optar por la extensión que entienda más conveniente de acuerdo con sus propias modalidades⁶.

(2) MORENO RUIZ, R., *Mutualidades, Cooperativas, Seguro y previsión social*, CES, 2000 págs. 42 y ss.

(3) AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Protección Social complementaria*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2003, pág. 195.

(4) Párrafo segundo del artículo 64 de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (desde ahora LOSSP).

(5) STC 206/1997, de 27 de noviembre.

(6) Así, por ejemplo, en la Mutua de la Abogacía no se da cobertura a la situación de maternidad.

En definitiva, las Mutuas de Previsión Social adscritas a un colegio profesional son entidades de naturaleza privada, aunque desempeñen en ocasiones funciones similares a las del sistema de la Seguridad Social. No obstante, incluso en la cobertura de las contingencias a través de las prestaciones sociales, emplea una técnica distinta de protección. Es decir, estas entidades utilizan un régimen de capitalización en vez de reparto, asumen los métodos de las aseguradoras privadas, sobre todo en cuanto a la gestión económica y financiera y, además, son controladas por la Dirección General de Seguros. De todo esto, resulta que, aunque a veces las Mutuas realicen labores similares a las llevadas a cabo por la Seguridad Social, sin embargo, su naturaleza es diferente.

2. EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES DE LOS PROFESIONALES COLEGIADOS CON EL RETA

Como bien se conoce, el sistema de la Seguridad Social concede una protección diferente a los trabajadores por cuenta ajena y a los que desarrollan su actividad por cuenta propia. En el último supuesto, se regula una asistencia singularizada atendiendo a las especiales características de este colectivo. Dicho en otros términos, se ha regulado un régimen específico que atiende a aquellos que ejercen un trabajo bajo su administración personal, de forma independiente y a su costa. El ámbito subjetivo de esta particular protección se ha ido ampliando paulatinamente hasta alcanzar a quienes ejercen, de acuerdo con estas notas, una actividad profesional, como a continuación se pasa a analizar.

A) La primera etapa: limitación en la protección

En sus orígenes, la cobertura concedida por el Régimen Especial de Autónomos (en adelante RETA) a raíz de la entrada en vigor del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, sólo se aplicó a los colectivos pertenecientes a profesiones, que eran integrados sindicalmente. De este modo, la afiliación a dicho régimen dependió de una decisión colectiva de inserción en un sindicato, y no estaba unida al cumplimiento de unas notas determinadas, señaladas legalmente, por un concreto trabajador. De suerte que los sujetos que ejerciesen una profesión por su cuenta no incluida en el RETA, no podrían en ningún caso seleccionar esta atención conforme a su elección personal, sino

**LAS MUTUAS DE
PREVISIÓN SOCIAL
ADSCRITAS A UN
COLEGIO PROFESIONAL
SON ENTIDADES DE
NATURALEZA PRIVADA
AUNQUE DESEMPEÑEN EN
OCASIONES FUNCIONES
SIMILARES A LAS
DEL SISTEMA DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

que quedaban pendientes de la iniciativa de los representantes de su gremio⁷. De esta forma, la única posibilidad de que los trabajadores por cuenta propia pudiesen acceder a la protección del sistema público era que todo el colectivo al que estuviesen vinculados fuera incorporado expresamente en su ámbito de atención.

En definitiva, mientras que un trabajador por cuenta propia quedaba insertado obligatoriamente en el RETA por el hecho de realizar una actividad directa, personal y habitual a título lucrativo, sin sujeción a contrato de trabajo, si esta misma tarea la efectúa en el marco de una profesión que no hubiese sido integrada en la protección pública por decisión colectiva de los representantes de su colectivo, quedaba sin posibilidad de disfrutar de dicha atención, dependiendo de la asistencia de entidades privadas.

En el contexto descrito, quienes ejercían una profesión liberal, adscrita generalmente a un Colegio Profesional, en lo que atañe a este comentario, en concreto al de los abogados, no podían acceder al RETA, dado que dichos Colegios no se habían integrado previamente en un sindicato. Por lo tanto, se consideraba incompatible su inclusión en dicho Colegio y el acceso a este régimen del sistema de Seguridad Social. La razón fundamental de esta situación parece encontrarse en la clásica incompatibilidad entre la pertenencia a un sindicato al mismo tiempo que a un Colegio Profesional, lo que consecuentemente impedía el disfrute de la protección pública mencionada que estaba ligada de forma íntima al primer presupuesto. Incluso, cuando posteriormente se abrió la posibilidad de crear Colegios Profesionales Sindicales, lo que permitió por fin la entrada al RETA de ciertos profesionales colegiados, se prohibió expresamente la sindicación a algunos de ellos, entre otros, al de Abogados⁸.

A partir del Real Decreto-Ley 31/1977, de 2 de junio, la situación referida cambia, y ya no fue necesaria la integración sindical para poder ser incluido en el ámbito subjetivo del RETA. Pero esta nueva situación, aun en contra de lo que en una primera aproximación pudiese parecer, no significó la posibilidad de que los profesionales colegiados accedieran directamente a la protección del sistema público de Seguridad Social a través de este régimen especial, sino que tal acceso siguió restringido⁹. En efecto, posteriormente el Real Decreto 2504/ 1980, de 24 de octubre, que modifica el Decreto 2530/1970, impuso a estos profesionales como condición de entrada que mediante Orden Ministerial se incluyese en el ámbito del RETA al Colegio Profesional concreto al que perteneciesen. En esta línea, estos colectivos solamente podían disfrutar de la protección del sistema de la Seguridad Social cuando así lo decidiese su organización, de la misma manera que ya se describía en la etapa anterior a la ley de 1977. Es decir, su inclusión como beneficiario continuaba dependiendo de instancias ajenas.

(7) MONTALVO CORREA, J., "Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos. Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones" en AAVV, *Diecisiete Lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.

(8) LÓPEZ ANIORTE, M.C., "Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento camino hacia su completa integración en el sistema" en *Relaciones Laborales*, 1997- II, págs. 35 a 37.

(9) ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.

B) El análisis de la situación de desigualdad de trato por el Tribunal Constitucional

Desde las premisas presentadas, se suscitó la duda de si esta limitación en el acceso a la protección del sistema de Seguridad Social era contraria al principio de igualdad proclamado por el artículo 14 CE y al derecho a la Seguridad Social de los ciudadanos reconocido en el 41 del mismo cuerpo normativo. Sujetos con las mismas circunstancias y en idénticas situaciones de necesidad eran incluidos en el ámbito subjetivo del RETA en atención a una opción ajena a sus posibles estados de necesidad. Es decir, la obtención de la cobertura del sistema público se supeditaba a una decisión de su Colegio Profesional para acceder a dicha atención.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia 68/1982, de 22 de noviembre, consideró este requisito de acceso como ajustado a derecho en cuanto a que las diferencias de trato en la asistencia adjudicada entre los trabajadores por cuenta propia colegiados respecto al resto se basaba en una justificación objetiva y racional: a saber, que la incorporación al RETA había sido desde sus orígenes una cuestión de integración colectiva y no de opción individual.

El Alto Tribunal manifestó que era razonable esta solución a la vista de la naturaleza del sistema de la Seguridad Social. No se trata de un seguro privado, el cual se decide contratar individual y libremente, sino de un seguro social de obligada afiliación de acuerdo con la opción legislativa de extender paulatinamente la atención a nuevas colectividades. Además, se recordaba que, en concreto, la expansión del RETA era necesariamente gradual.

En cualquier caso, en última instancia el Tribunal Constitucional de nuevo volvía a emplear el argumento de la distorsión del sistema de financiación del régimen en cuestión (el RETA) en el supuesto de ampliar la asistencia, tal y como solicitaba la recurrente. Así, se concluía que si se extendía la protección del Régimen de Autónomos a todos los trabajadores por cuenta propia, incluso a los profesionales colegiados, sin mediar ningún otro requerimiento, el sistema de la Seguridad Social no podría seguramente soportar el gasto que esto supondría¹⁰. Dadas estas circunstancias, no podía llevarse a cabo una extensión de la cobertura general, sino que tendría que realizarse poco a poco de acuerdo con la integración colectiva de los distintos grupos.

Por otro lado, como la inclusión no sólo estaba sujeta a una Orden Ministerial, sino que ésta a su vez dependía de una petición del propio Colegio Profesional, se estaba ante una decisión sometida a la aquiescencia del conjunto de sus miembros en cuanto a que la pretensión debía ser presentada por los órganos representativos de la entidad, lo que significaba un “voluntad del conjunto expresada democráticamente”¹¹. No obstante, frente

(10) En definitiva, una vez más la cuestión de la financiación, una decisión política, justifica la limitación de la protección. Vid. GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Entre la igualdad como límite y la diversidad como pretexto” en *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, núm. 4/1998, pág. 123.

(11) Con esta declaración constitucional se reforzó la legitimidad de la colegiación obligatoria. RODRÍGUEZ-PIÑEIRO, en ocasión de la STC 89/1989, concluyó que la admisión de esta exigencia estaba vinculada a tres condiciones: que su origen se encuentre en una decisión legislativa; que se refiera siempre a profesiones tituladas, de modo que la colegiación sólo sea una garantía añadida, y, por último, que se justifique por razones de interés público. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Colegiación obligatoria y Constitución” en *Relaciones Laborales*, 1989- I.

a todos estos argumentos, se podía seguir oponiendo el hecho de que no se atendía en igual medida las mismas situaciones de necesidad de los trabajadores por cuenta propia, dado que a parte de este colectivo se les impedía el disfrute de la atención pública¹².

C) La asimilación con el colectivo de los trabajadores por cuenta propia

Este panorama descrito hasta aquí de exclusión de los profesionales de obligada colegiación, en el que se pronunció el Tribunal Constitucional, ha cambiado radicalmente a partir de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que a través de su Disposición Adicional Decimoquinta reconoce al colectivo de personas que ejerzan una actividad por cuenta propia en los términos del artículo 10.2 de la LGSS y artículo 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, y que a su vez estén afiliados a un Colegio Profesional, la posibilidad de optar de modo personal entre la protección privada de las Mutualidades de sus Colegios Profesionales y la asistencia pública de la Seguridad Social, mediante la afiliación al RETA¹³.

Realmente con la mencionada norma, en principio, se impone la afiliación al RETA a todos estos sujetos adscritos a un Colegio Profesional, cuando ejercen una actividad por cuenta propia, aplicando la misma norma que en general se utiliza para este grupo de trabajadores. No obstante, a continuación reconoce la posibilidad de sustituir tal asistencia por la de las Mutuas de los distintos Colegios. De este modo, se consigue cierta universalización de la atención de acuerdo con las previsiones del artículo 41CE. Además, se logra superar la discriminación que suponía el tratamiento diferenciado en la protección dispensada entre trabajadores por cuenta propia de acuerdo con el hecho de que estuviesen o no colegiados, y conforme a una decisión colectiva de su Colegio.

La Ley 30/1995, configura la protección de los profesionales adscritos a un Colegio de Profesionales diferenciando según su fecha de ingreso a dicha institución y de acuerdo con si su afiliación a la Mutualidad de dicho Colegio ha sido preceptiva. Aunque la regla general es la integración en el sistema público a través del RETA, es posible la opción personal entre la Seguridad Social o la Mutua concreta en cada caso, cuando se trate de un profesional colegiado en un Colegio Profesional que tuviese una Mutualidad de Previsión Social constituida antes del 10 de noviembre de 1995 y que con anterioridad la afiliación a dicha Mutualidad fuese obligatoria. Por lo tanto, ahora se podrá acceder a la cobertura pública sin quedar a la merced de la decisión sobre tal cuestión de los órganos directivos de los Colegios.

(12) GÓMEZ CABALLERO, P., *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 55.

(13) Curiosamente, al final, ha sido una norma que regula una institución privada (los seguros privados), la que ha reconocido la posibilidad de entrada al sistema público a un gremio, históricamente discriminado respecto a su acceso a la Seguridad Social. Vid. TEJERINA ALONSO, J.I., "La Seguridad Social de los profesionales colegiados" en *Actuarios*, núm. 22/2004.

Compatibilidad de la protección de las Mutuas con el RETA

Se concedió un período transitorio para que se produjese la adaptación a dicha normativa de cinco años. Dicho en otras palabras, a los Colegios Profesionales que aún no hubiesen solicitado la inclusión de sus miembros dentro del RETA en el momento de entrada en vigor de la norma tratada, se les concedía el término señalado para que manifestasen por escrito que se había producido el ajuste a la nueva regla. Sin embargo, dicho plazo fue interrumpido por la Ley 50/1998¹⁴, que lo suprimió y determinó la inclusión de todos los trabajadores por cuenta ajena que perteneciesen a colegios profesionales de obligada afiliación en el sistema de Seguridad Social.

Retomando el contenido de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, hay que poner de manifiesto que debido a la dificultad de interpretación que planteaba fue preciso su aclaración posterior por la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 23 de febrero de 1996. Distinguió, en la misma línea que la Ley 30/1995, entre varias situaciones posibles de acuerdo con las circunstancias de cada Colegio Profesional concreto y de cada colegiado determinado: a) se mantiene la misma posición ya existente en el supuesto de que se tratase de colegiados que ya pertenecieran al RETA a la entrada en vigor de la norma, siempre y cuando su Colegio Profesional ya se hubiese integrado en este momento; b) cuando no lo hubiese hecho antes de dicha fecha, el colegiado podrá escoger entre la protección del RETA y la atención de la Mutualidad, cuando ésta hubiera sido hasta este momento de obligada afiliación o su ámbito de cobertura fuese similar al del RETA, siempre que empezasen su actividad después de esta fecha; c) respecto a la misma situación descrita en el punto anterior, pero referido a aquellos colegiados quienes ya desarrollasen una actividad profesional a la vigencia de la ley, se le concede igualmente la posibilidad de continuar con la protección anterior o cambiar al RETA, con la única diferencia de que este supuesto no es de aplicación inmediata, sino que habrá que esperar al primer día del mes siguiente a la fecha de la adaptación de la Mutua; d) por último, si estuviesen integrados en un Colegio Profesional respecto al cual no hubiera mediado decisión de inserción en el RETA, pero en el que tampoco existiese una Mutualidad de Previsión Social obligatoria, no se obligaba a incorporarse al RETA, determinando que su incorporación sigue dependiendo de una decisión colectiva¹⁵.

**A PARTIR DE LA LEY
30/1995 LA NORMA
GENERAL ES
LA AFILIACIÓN
AL RETA PUDIENDO OPTAR
POR SUSTITUIR DICHA
ASISTENCIA PÚBLICA POR
LA CONCEDIDA POR UNA
MUTUA DE PREVISIÓN
SOCIAL**

(14) Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

(15) PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J., "La vinculación a la Seguridad Social de los 'colegios profesionales' tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados y la Resolución de 23 de febrero de 1996" en *Relaciones Laborales 1996- I*, págs. 1158 y ss.

En resumen, las Mutuas de Previsión Social se conforman a partir de la Ley 30/1995 como unos entes de naturaleza privada que ofrecen protección social a sus colegiados en sustitución de la atención del sistema público cuando así lo decidan los profesionales afiliados a un Colegio Profesional agregado a una Mutua de Previsión Social creada antes de noviembre de 1995, siempre que con anterioridad fuese de obligada adscripción. Aunque, en principio, la afiliación al RETA se estima de obligado cumplimiento, sin embargo, luego se determina como alternativa la Mutua, de forma que la exigencia se convierte realmente en una posibilidad de elección¹⁶.

En cualquier caso, esto no significa que la protección de la Mutua concedida en su calidad de entidad alternativa al sistema de la Seguridad Social deba ser equivalente a esta última. Dicho de otra manera, se reconoce la posibilidad de sustituir la cobertura pública y obligatoria del RETA para los profesionales colegiados que trabajen por cuenta propia, sin que se exija que ambas coincidan. Efectivamente, esto no es posible, ya que hay que tener en cuenta sobre todo su diferente naturaleza¹⁷, su distinta financiación y la nota de voluntariedad que califica a la cobertura de la Mutua¹⁸.

Dejando al margen esta cuestión, hay que poner de manifiesto que además la Ley 30/1995 prevé una segunda posibilidad: a todos aquellos sujetos pertenecientes a estos colectivos que opten por la atención directa de la Seguridad Social, se les permite acceder a la vez a una asistencia complementaria a través de su integración en las Mutuas de acuerdo con lo señalado en el último inciso del artículo 41 CE. Si bien parece claro que desde dicha norma es posible que los colegiados de un Colegio Profesional con Mutua de Previsión Social decidan adscribirse a ésta como protección alternativa a la de sistema público de la Seguridad Social, o bien que simultaneen ambas coberturas, utilizando la Mutua como garantía adicional a la de las prestaciones públicas, se han suscitado dudas sobre esta cuestión. Sobre este aspecto, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 de enero de 2000¹⁹, en la cual se resuelve una cuestión sobre la posibilidad de alternar la protección de la Mutualidad de la Abogacía y la del sistema de la Seguridad Social.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que con la Ley 30/1995 se produce un punto de inflexión en la protección de los profesionales colegiados, que ejercen su actividad por cuenta propia, puesto que a partir de este momento la norma general es la afiliación al sistema de la Seguridad Social a través del RETA, pudiendo optar por sustituir

(16) En este contexto, se situó la Mutualidad de la Abogacía, objeto de la sentencia que aquí se analiza, que de hecho, fue de las pioneras que llevó a cabo la transformación señalada en la Ley 30/1995.

(17) En principio, en este trabajo se parte de la naturaleza privada de las Mutualidades de la Previsión Social. Si se entendiese que su esencia es similar a la del sistema de la Seguridad Social las conclusiones serían radicalmente distintas, con independencia de los problemas que podrían plantearse sobre comunicación de cotizaciones entre sistemas, incompatibilidades, entre otros. Se acepta esta premisa, aunque esta declaración debería ser objeto de un estudio mucho más profundo que no corresponde realizar en este momento.

(18) SEMPERE NAVARRO, A.V., “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de Abogacía” en *Aranzadi Social*, 2000-I, pág. 30.

(19) STS de 25 de enero de 2000 (Ar. 657).

Compatibilidad de la protección de las Mutuas con el RETA

dicha atención pública por la concedida por una Mutua de Previsión Social, siempre que esto fuese posible según los límites anteriormente señalados²⁰. En todo caso, se busca “cubrir un mínimo” de cobertura a todos los sujetos trabajadores con independencia del método de atención que elijan.

Esta última afirmación no empece a que, cuando decidan no optar por este último sistema de previsión social, y se afilien al RETA, pudieran emplearlo como instrumento complementario de asistencia²¹. Dicho en otros términos, a los miembros de estos colectivos se les abre la posibilidad de disfrutar de los beneficios de un sistema público (la Seguridad Social) complementado por uno privado (la Mutualidad). Esto se desprende directamente de la declaración del artículo 64 de la Ley 30/1995 que determina que “las mutualidades de previsión social son entidades aseguradoras que ejercen una modalidad aseguradora de carácter voluntario complementario al sistema de la Seguridad Social obligatoria”.

En conclusión, las Mutuas de Previsión Social de carácter profesional tendrán dos finalidades principales: una primera que consistirá en servir de sistema opcional de protección pública para aquellos que ejerzan su actividad profesional por cuenta propia y decidan no acogerse a la cobertura del RETA; por otro parte, como propósito vinculado a su propia esencia privada, cubrirán una atención complementaria a la del sistema público, cuando los sujetos del colectivo indicado hayan elegido la Seguridad Social como sistema de atención primario.

En esta segunda línea, por tanto, las Mutuas funcionarían como entidad complementaria basada, como señaló la STC 208/1988, en una lógica contractual privada, financiadas por fondos privados y a cargo de los asegurados. En este sentido, ya el Real Decreto 1879/1978, de 23 de junio, por el que se dictan normas de aplicación a las entidades de previsión social que actúan como sustitutorias del Régimen de la Seguridad Social correspondiente y las complementarias que cada Mutualidad determine en sus estatutos determinó la separación patrimonial de estas dos funciones de dichos órganos, de lo que se hizo eco la Ley 30/1995, tal y como ya ha sido señalado²².

3. LA IRUPCIÓN DEL ARTÍCULO 17.2 DEL NUEVO REGLAMENTO DE MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL

En el contexto descrito, cuando parecían estar claras las funciones principales de las Mutualidades Profesionales de Previsión Social, y la posibilidad de compatibilizar la cobertura

(20) No lo será cuando el profesional para ejercer su actividad no tenga que estar obligatoriamente afiliado a su Colegio, ni existiese Mutualidad que cubriese una protección similar a la del RETA. En este supuesto, deberá darse de alta en el sistema público, sin tener derecho a opción. STSJ de Navarra de 29 de abril de 2000 (As. 1019).

(21) En esta línea, con anterioridad se habían posicionado la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de febrero de 1999 y la STSJ de Madrid de 16 de febrero de 1999.

(22) Así, la Mutua de la Abogacía en el párrafo primero de sus estatutos se define como una entidad que ejerce fundamentalmente una modalidad aseguradora de carácter voluntario, alternativo y complementario al sistema público de Seguridad Social.

ra del sistema público de la Seguridad Social con su protección complementaria, cuando se escogiese el primero como mínimo a cubrir, entra en vigor el Reglamento de Mutualidades de Previsión Social, aprobado por Real Decreto 1430/2002, de 27 de diciembre. En el párrafo segundo de su artículo 17 se declara que:

“Las prestaciones de las mutualidades de previsión social serán compatibles y totalmente independientes de los derechos que puedan corresponder a los mutualistas o beneficiarios como consecuencia de su inclusión en cualquiera de los regímenes obligatorios de la Seguridad Social.

Las prestaciones dispensadas como entidades alternativas serán incompatibles con las establecidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos.”

Del último inciso del artículo transcrito, se podría deducir la posibilidad de que desde este momento no fuese posible el disfrute conjunto de prestaciones concedidas por el RETA a la vez que las otorgadas por estas Entidades de Previsión Social como protección complementaria. Por este motivo, la Mutualidad de la Abogacía²³, la Mutualidad de los Procuradores de los Tribunales de España y la Previsión Mutua de Aparejadores y Arquitectos Técnicos presentaron un recurso contencioso-administrativo impugnando dicho precepto. Esta cuestión ha sido resuelta definitivamente por el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de junio de 2004 en la que se ha declarado que tal artículo atenta directamente contra lo señalado por la Ley 30/1995.

En la primera parte del precepto, se admite la compatibilidad entre prestaciones de la Mutualidad y las reconocidas por cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social. En este sentido, este artículo respetaría lo que ya había reconocido la Ley 30/1995, es decir, no se añade nada nuevo, sino que vuelve a recoger la posibilidad de emplear el sistema de Previsión Social como complemento de la asistencia concedida por la Seguridad Social en cualquiera de sus regímenes. Como ya se señaló, el artículo 41 CE reconoce un sistema mixto público-privado de protección social en el que se encuadrarían estas Mutuas²⁴, cuando no sustituyen al sistema público en sí mismo en los supuestos ya enunciados, sino en su vertiente de entidad aseguradora voluntaria y complementaria al sistema de Seguridad Social obligatoria, tal y como señala el artículo 64 de la Ley 30/1995.

Sin embargo, su último apartado viene a inferir el caos, cuando añade que la protección concedida por las Mutuas como entidad alternativa de atención de las necesidades de los profesionales colegiados son compatibles con todas las prestaciones de la Seguridad Social, a excepción de las otorgadas por el RETA. Dicho en otros términos, toda la evo-

(23) De hecho, la propia Mutualidad de la Abogacía en su Circular 24/1996, de 22 de marzo, de la Asamblea de Decanos reconoce la compatibilidad de prestaciones de su propio sistema y de las otorgadas por la Seguridad Social.

(24) MARTÍN BERNAL, J.M., *Seguridad Social, Fondos y Planes de Pensiones y Mutualidades de Previsión Social*, Dykinson, Madrid, 1997, págs. 78 y ss.

lución normativa que había llevado al reconocimiento de la posibilidad de que los profesionales colegiados, que trabajasen por cuenta ajena, pudiesen alternar la protección pública y la privada de las Mutualidades, cristalizada en la Ley 30/1995, sufría un retroceso a partir de la entrada en vigor del Reglamento señalado.

4. LAS DISTINTAS POSICIONES EN LA STS DE 22 DE JUNIO DE 2004

A) La vulneración del principio de jerarquía

Las partes que interpusieron el recurso, que ha dado lugar a la sentencia analizada, basaron su petición de anulación del artículo 17.2 en que este artículo vulneraba lo señalado en la Ley 39/1995. En concreto, se alegaba que “el precepto impugnado es contrario al principio de jerarquía normativa, sancionado en el artículo 9.3 de la Constitución, ya que la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado, contempla en su Disposición Adicional Decimoquinta y en la Disposición Transitoria Quinta la plena compatibilidad entre la afiliación al RETA y la pertenencia a una Mutualidad de un Colegio Profesional”.

La principal aportación de la Ley 30/1995, como ya se ha visto, es, además de conceder a los trabajadores profesionales por cuenta ajena afiliados obligatoriamente a un Colegio la posibilidad de acceder a la protección pública, la admisión de la compatibilidad de las prestaciones de dicho sistema, cuando se elija como alternativa, y la cobertura de las Mutualidades como atención complementaria. Conforme a esta declaración, no se puede admitir que una norma de menor rango como es un reglamento cambie esta regla e imponga la incompatibilidad.

El artículo 122 LGSS determina que las pensiones del Régimen General son incompatibles entre sí cuando coinciden en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente²⁵. Sin embargo, sí que es posible la compatibilidad entre prestaciones de distintos re-

**LO QUE PROHIBÍA
EL ARTÍCULO 17.2
DEL REGLAMENTO DE
LAS MUTUALIDADES
DE PREVISIÓN SOCIAL
ERA SIMULTANEAR
EL DISFRUTE DE LAS
PRESTACIONES DERIVADAS
DE LAS AFILIACIONES EN
EL RETA Y EN LA MUTUA
POR UN MISMO CONCEPTO**

(25) En general, la incompatibilidad reúne las siguientes premisas: en primer lugar, la coexistencia formal del derecho a disfrutar de dos o más pensiones por una misma persona física; por otro lado, el ejercicio del derecho de opción de una de ellas por parte del beneficiario con el objeto de evitar el acceso a ambas. Vid. RON LATAS, R.P., *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas, 2000, pág. 27.

gímenes siempre que se hubiese cotizado en cada uno de ellos el tiempo exigido por la norma. En todo caso, si no se hubiese contribuido lo suficiente para obtener prestaciones diversas en distintos regímenes, se posibilitará la suma de las cotizaciones siempre que no sean superpuestas, tanto para la adquisición del derecho a pensiones, como para determinar el porcentaje aplicable para su cálculo según los años de cotización. No obstante, este cómputo sólo es aplicable para pensiones de naturaleza común, por lo que no será aplicable al supuesto analizado en este trabajo.

De acuerdo con esta aseveración, las relaciones entre cotizaciones a la Seguridad Social y el pago de cuotas a una Mutua de Previsión Social no se incluirán en la norma general determinada en la LGSS, puesto que no se trata en este supuesto de pensiones del mismo sistema a las que sean aplicables las normas antes señaladas. Por lo tanto, si se precisan unos tiempos concretos de contribución para alcanzar el derecho a los beneficios, y no se consigue reunir en ninguno de ellos, no va a ser posible al comunicación de los pagos efectuados, es decir, se perderá la opción a cualquier ayuda. En la misma línea, se entiende adecuado que se contemple la posibilidad de compatibilizar las prestaciones, sobre todo de acuerdo con la idea de que se trata de beneficios de distinta naturaleza²⁶. Dicho en otros términos, los órganos administradores de las coberturas son de naturaleza diferente: uno público y otro privado. Con independencia de que este último, se admita en ocasiones como sustitutorio del sistema público, su naturaleza es privada y como tal se emplea a los efectos de sistema complementario a la Seguridad Social.

En esta idea, la Disposición Adicional Decimoquinta y la Transitoria Quinta declaran la plena compatibilidad entre prestaciones del sistema público de Seguridad Social y de la Mutua cuando se emplee como complementario. Puede elegirse como alternativo al RETA en los supuestos descritos, pero cuanto se adopte como accesorio, será plenamente concurrente. Esto se determina en una norma con rango de ley como es la Ley 30/1995, de forma que no se puede admitir que en vía reglamentaria se declare lo contrario, esto es, que son incompatibles las prestaciones del RETA y de las Mutuas de Previsión. Igualmente se entiende que la manifestación recogida en el nuevo Reglamento de Mutualidades de la Previsión Social atenta contra el artículo 64 de la Ley mencionada que acoge el principio de complementariedad del régimen de previsión social.

B) La alegación del Abogado del Estado: la futilidad del precepto

Ante las declaraciones de las Mutuas demandantes, el abogado de las partes declara que no es procedente la anulación del artículo 17.2 del Reglamento de las Mutualidades de la Previsión Social, dado que no contradice a la norma establecida en la Ley 30/1995 y, por tanto, no vulnera el principio de jerarquía como se invoca por los recurrentes. Esto significa que de este precepto no se deduce la incompatibilidad de la afiliación en el RETA y en una Mutua de Previsión Social, sino que lo que se está indicando es la prohibición

(26) MALDONADO MOLINA, F.J., *Las Mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales*, Aranzadi, 1998, pág. 229.

Compatibilidad de la protección de las Mutuas con el RETA

de simultanear el disfrute de las prestaciones derivadas de cada uno de ellos por el mismo concepto. Admite que un profesional que haya optado por el RETA pueda acceder a una Mutualidad como entidad privada, manteniendo una relación de seguro privado de acuerdo con las características pactadas.

Para el abogado del Estado lo que prohíbe el precepto analizado en su párrafo segundo, después de admitir en el primero la plena compatibilidad de las prestaciones de cualquiera de los regímenes obligatorios de la Seguridad Social y las concedidas por las Mutualidades de Previsión, es la percepción “de una prestación de RETA y una prestación de una mutualidad de previsión social como alternativa, porque la afiliación obligatoria a uno u otro sistema es una opción excluyente. Mientras que la percepción de una prestación del RETA y una prestación derivada de un seguro privado con una mutualidad de previsión social es el supuesto contemplado en el primer apartado del artículo 17.2 que la declara expresamente compatible”.

En definitiva, dejando a un lado el acierto de estas manifestaciones, dado que el Tribunal declara que en este caso se estaría defendiendo que el precepto está vacío de contenido respecto a la primera parte del artículo, el Abogado del Estado vuelve a declarar que sí es posible la percepción de las prestaciones del RETA conjuntamente con las de las Mutuas de Previsión Social, cuando éstas se empleen como sistema complementario a la Seguridad Social a los efectos de lo declarado en el último inciso del artículo 41 CE. De este modo, conforme a esta idea, la compatibilidad reconocida ya por la Ley 30/1995 y reafirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 2000, vendría a reforzarse mediante el nuevo Reglamento de las Mutuas.

En definitiva, el Abogado del Estado interpreta que este Reglamento no contradice lo ya determinado por las anteriores normas, por lo que el recurso presentado quedaría sin argumentos. Así, llega a la misma conclusión que los recurrentes respecto a la vigencia de la regla sobre la compatibilidad de la cobertura del sistema público de Seguridad Social y de la Mutualidad de Previsión como entidad complementaria, con la diferencia de que no valora la aparición del Reglamento como elemento que contradiga dicha cuestión.

C) Otras alegaciones de los recurrentes: la compatibilidad de la cobertura

El artículo 3 del Código Civil señala que las normas se interpretarán de acuerdo con el sentido propio de sus palabras, en relación al contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Todos esos elementos se emplean por los recurrentes para argumentar su posición. Ya se ha analizado aquí cómo la interpretación del sentido propio de las palabras da lugar a dos variantes, la que defienden los demandantes y la que acoge el Abogado del Estado, que en cualquier caso parece llegar a la misma solución de compatibilidad de las prestaciones del RETA y las Mutualidades utilizadas como sistema complementario.

Además, los recurrentes apuntan el artículo 64 de la Ley 30/1995 como base de sus alegaciones. Este precepto recoge que las Mutualidades de Previsión de los Colegios Profesionales tienen carácter complementario y voluntario, entendiendo que su función de entidad alternativa al RETA que se propone para los colectivos de profesionales colegiados no debe significar la anulación del objetivo principal de estas entidades. Se ha añadido un cometido nuevo a las Mutuas, que consiste en otorgar prestaciones en supuestos de situación de necesidad en sustitución de las concedidas por el sistema público, es decir, en calidad de cobertura obligatoria que todo trabajador tanto por cuenta ajena como por cuenta propia deben recibir a través de una afiliación previa y obligatoria. Por lo demás, seguirán manteniendo su ocupación original y principal como entidad de naturaleza privada cuyo objetivo es la promoción de una protección complementaria y libre a la de la Seguridad Social. Lo que la Ley 30/1995 realmente está admitiendo es una excepción a la norma general de funcionamiento de las Mutuas y no al contrario la anulación de sus tareas fundamentales, esto es, se añade la complementariedad al sistema público, pero sin revocar el destino lógico de acuerdo con la propia naturaleza de estas entidades.

Asimismo, los demandantes hacen mención a la utilización de la interpretación sistemática como instrumento de la defensa de su posición. Señalan que del estudio del expediente de la elaboración del Reglamento en cuestión, que contiene el analizado artículo 17, se deduce que se ha querido respetar lo señalado por la Ley 30/1995, esto es, la defendida compatibilidad entre el disfrute de la protección pública y la concedida por las Mutuas. En ningún caso, se estima que se haya querido romper con la estructura anterior, ya fijada en la ley señalada y posteriormente ratificada por el propio Tribunal Supremo en la Sentencia de 25 enero de 2000, sino que la nueva reglamentación se engarza con esta línea de compatibilidad ya suficientemente admitida.

5. CONCLUSIÓN: LA DOBLE FUNCIÓN DE LAS MUTUAS DE PREVISIÓN SOCIAL

Como ya se anunció al principio, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 22 de junio de 2004, ha declarado la nulidad del artículo 17.2 del Reglamento de las Mutualidades de Previsión Social en cuanto a que ha interpretado que de su tenor literal se infiere la incompatibilidad entre prestaciones del RETA y de las Mutualidades de Previsión Social, lo cual es contrario a los derechos e intereses de dichas entidades. Por lo tanto, a diferencia de los mantenidos por el Abogado del Estado, el Tribunal ha estimado que el precepto sí contradice lo anteriormente recogido en la Ley 30/1995, de modo que debe anularse dicho precepto. En definitiva, se entiende que es inadmisibles la denegación del disfrute simultáneo de las prestaciones de ambos sistemas (público y privado) con independencia de que su origen se encuentre en el mismo hecho.

Esta diferenciación se argumenta desde la propia naturaleza de las prestaciones concedidas por las Mutuas, es decir, se trata de entidades privadas que otorgan ayudas del mismo carácter. Esta deducción es razonable a partir de la idea de que, aunque estas Entidades

actúan como alternativa al RETA, esta tarea no convierte a estos órganos en un régimen de la Seguridad Social, sino que mantiene su esencia incluso en esta función más próxima a la protección pública²⁷. De forma que más procedente será aun que dicha naturaleza privada se custodie cuando ejecuta su función fundamental, esto es, la complementaria del sistema público de acuerdo con el artículo 41 CE, sin que en ningún caso la concurrencia de estas dos coberturas pueda ser declarada incompatible.

Dicho en otros términos, la función fundamental de las Mutuas de Previsión Social como entidades privadas es el aseguramiento de la misma naturaleza, sometido a las normas de la autonomía privada, sin que en ningún caso por vía reglamentaria, que en su caso vulneraría el principio de jerarquía normativa, dado que así ha sido reconocido por ley, se pueda declarar su incompatibilidad con ninguna prestación del sistema de Seguridad Social. Éste ha sido en su origen y, continúa siendo, su objetivo principal: prestar ayuda en caso de riesgo a sus mutualistas que a cambio pagan una prima.

A esta finalidad principal, se ha venido a añadir otra, lógica a la evolución normativa de la protección de los sujetos cuya colegiación ha sido preceptiva para ejercer su actividad profesional: a partir de la Ley 30/1995, se permite a este colectivo, cuando su organización mutual aún no lo hubiese decidido colectivamente, el acceder al sistema público de la Seguridad Social de acuerdo con el derecho de todos los ciudadanos a acceder a esta cobertura reconocido en el artículo 41 CE. Desde este momento, se posibilita a estos sujetos su acceso al RETA, imponiéndose esta cobertura como obligatoria para los trabajadores por cuenta propia con independencia de que estén o no afiliados a un Colegio Profesional, aunque de acuerdo con el funcionamiento de las Mutuas hasta esta nueva regulación, se les permite alternativamente sustituir esta incorporación por la de una de estas entidades. En este sentido, como dice el Tribunal Supremo, “la Ley 30/1995, dispuso en conclusión la necesidad de cubrir un mínimo, y se conforma con la incorporación a una Mutualidad de Previsión cuando el interesado ha optado por ello en lugar de por el RETA, pero no dispone prohibición, ni incompatibilidad entre ambas...”. En otro término, respeta el objetivo primario y constitutivo de las Mutuas de Previsión Social, que no es otro que organizar un sistema

EL OBJETIVO FUNDAMENTAL DE LAS MUTUAS DE PREVISIÓN SOCIAL COMO ENTIDADES PRIVADAS ES PRESTAR AYUDA, EN CASO DE RIESGO, A SUS MUTUALISTAS QUE A CAMBIO PAGAN UNA PRIMA

(27) SEMPERE NAVARRO, A.V., “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de Abogacía”, *op. cit.*, págs. 28 y 29.

diferente y privado al sistema de la Seguridad Social, con autonomía de otras posibles funciones que le sean asignadas.

6. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *Protección Social complementaria*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2003.
- ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GÓMEZ CABALLERO, P., *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Entre la igualdad como límite y la diversidad como pretexto” en *Revista Andaluza de Relaciones Laborales*, núm. 4/1998.
- LÓPEZ ANIORTE, M.C., “Los profesionales colegiados y la Seguridad Social. El lento camino hacia su completa integración en el sistema” en *Relaciones Laborales*, 1997- II.
- MALDONADO MOLINA, F.J., *Las Mutualidades vinculadas a Colegios Profesionales*, Aranzadi, 1998.
- MARTÍN BERNAL, J.M., *Seguridad Social, Fondos y Planes de Pensiones y Mutualidades de Previsión Social*, Dykinson, Madrid, 1997.
- MONTALVO CORREA, J., “Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos. Ámbito de cobertura, contingencias, prestaciones” en AAVV, *Diecisiete Lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1972.
- MORENO RUIZ, R., *Mutualidades, Cooperativas, Seguro y previsión social*, CES, 2000.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J., “La vinculación a la Seguridad Social de los ‘colegios profesionales’ tras la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados y la Resolución de 23 de febrero de 1996” en *Relaciones Laborales* 1996- I.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Colegiación obligatoria y Constitución” en *Relaciones Laborales*, 1989- I.
- RON LATAS, R.P., *La incompatibilidad de pensiones en el sistema español de Seguridad Social*, Civitas, 2000.

Compatibilidad de la protección de las Mutuas con el RETA

- RUMEÚ DE ARMA, A., *Historia de la previsión social en España*, Madrid, 1944.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de Abogacía” en *Aranzadi Social*, 2000-I.
- TEJERINA ALONSO, J.I., “La Seguridad Social de los profesionales colegiados” en *Actuarios*, núm. 22/2004.

El difícil equilibrio entre lo judicial y lo extrajudicial en la interpretación del convenio colectivo

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

1. La interpretación del convenio colectivo: hacia una hermenéutica propia.

A) Las debilidades de los cánones generales de interpretación del Código Civil en su proyección a la negociación colectiva. B) Limitaciones y límites de los órganos convencionales y jueces de lo Social en la interpretación convencional.

2. Función judicial e interpretación convencional: la inadecuación del Juez para conocer de conflictos interpretativos.

A) El papel estratégico del Juez en la interpretación de la norma convencional. B) Intervenciones de sanción, corrección y reafirmación de lo judicial en el terreno de la negociación colectiva. a) Intervención sancionadora del actuar de la autonomía colectiva: el Juez como instrumento de tutela del orden público laboral frente a los excesos convencionales. b) Intervención correctora: la intervención del Juez como instrumento de modulación convencional. c) Intervención de reafirmación o ratificación: el exquisito respeto del Juez al equilibrio contractual.

3. Formalización e intervención de la Comisión Mixta Paritaria: entre las propias limitaciones y el escepticismo judicial.

A) Limitaciones funcionales. B) Limitaciones derivadas del escepticismo judicial.

1. LA INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO: HACIA UNA HERMENÉUTICA PROPIA

A) Las debilidades de los cánones generales de interpretación del Código Civil en su proyección a la negociación colectiva

La singularidad estructural que caracteriza la institución del convenio colectivo, ese consabida y casi poética alma dual que lo caracteriza y que lo sitúa a mitad de camino entre el derecho privado y el público, entre el contrato y la ley, posee una extraordinaria relevancia a la hora de precisar el modo de acercarse a su interior y concretar sus peculiaridades hermenéuticas. La intervención de la jurisprudencia en el momento de precisar los cánones que deben regir sus modos interpretativos no ha venido, precisamente, marcada por el rasgo de su originalidad. Si ley y contrato parecen ser las formas tras las que se agazapa el acuerdo colectivo, también deben ser los criterios de interpretación de las normas (art. 3 del CC) y de los contratos (art. 1281 del CC) los que, en última instancia, sirvan para exteriorizar la real voluntad de las partes¹. A través de un tan cómodo como limitado expediente, la jurisprudencia ha renunciado a buscar especialidades y se ha limitado, por ello, a remitir el resultado de dicha operación al Lecho de Procusto que supone medir al convenio con los parámetros de la Ley o del contrato.

Tras esta aparentemente clara solución, se esconde una reiterada práctica de nuestros tribunales de emboscar sus decisiones en genéricas referencias a los métodos interpretativos, lo que sirve para ocultar, en último extremo, un amplio margen de discrecionalidad judicial. De un lado, porque las referidas reglas han de ser a su vez interpretadas, lo que supone una tarea de atribución de significado que suscita problemas análogos o, en algunos casos, superiores a los que plantea la interpretación de normas sustantivas. Pero, sobre todo, porque el empleo de una u otra directiva queda al libre arbitrio del Juez y puede conducir además a resultados distintos e incluso incompatibles².

Como con acierto se ha dicho, el convenio colectivo es conjunción de dos aberraciones que arriesgan simultáneamente la coherencia del derecho público (norma coactiva hecha por particulares) y del derecho privado (contrato con efectos de norma estatal); por ello, ni su naturaleza, ni sus efectos, ni los procedimientos para alcanzarlo permiten una analogía con otras fuentes con las que muestra similitudes pero, en modo alguno, identidades. El carácter escurridizo e intangible del convenio colectivo obliga a avanzar en la determinación de las señas de identidad y singularidades que caracterizan a esta peculiar fuente del Derecho. Para poder iniciar el camino que lleve a la adecuada concreción de

(1) En relación con la particular hermenéutica del convenio colectivo, R. MARTÍNEZ EMPERADOR, "Interpretación general de los convenios colectivos", DL, 1984, núm. 12, págs. 47 a 77; M. IGLESIAS, "La interpretación del convenio colectivo", DL, 1989, núm. 26, págs. 73 a 99 y J. GALIANA MORENO, "Notas sobre vigencia, aplicación e interpretación del convenio colectivo", RMTAS, 1997, núm. 3, págs. 193 a 204.

(2) L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 102 y 103; igualmente, A. RUIZ MIGUEL, *Creación y aplicación de la decisión judicial*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1984, I, pág. 15, que califica el art. 3.1 CC de "batiburrillo de criterios (...)" que permiten interpretaciones diversas y hasta contradictorias".

La interpretación del convenio colectivo

las reglas interpretativas que sirvan para materializar dicha especialidad, debe partirse de la regla áurea según la cual el texto normativo debe ser interpretado con un método, exclusivamente *ex se*, desde su interior, con sus propios medios, sin recurrir a elementos externos o ajenos a él, salvo que se quieran alcanzar resultados que sean calificados de absurdos. Es la voluntad de las partes la que ha intervenido en la concepción y en el diseño del acuerdo y debe ser la voluntad de las mismas la que sirva para comprender el alcance de las señales normativas que el convenio contiene.

El sentido natural de las palabras se convierte, de este modo, en un primer instrumento de definición de lo querido por las partes: la interpretación auténtica del convenio. Ahora bien, resultaría ilusorio pensar que dicha interpretación puede partir del significado corriente de las palabras³. Únicamente el contexto y la situación en la que el acuerdo se produce, permiten establecer un sentido razonable a lo dicho, es decir, adecuado a una cierta situación. Precisamente por ello, el intérprete no podrá, salvo que incurra en arbitrariedad y desprecio de los cánones de autonomía y de totalidad hermenéutica, separar la declaración conclusiva del complejo de las condiciones intercambiadas por las partes, quedándose en el propio texto literal de lo acordado. Tan incontestable realidad explica la aceptación a nivel comparado de la preferencia por los procedimientos autónomos a la hora de precisar el alcance interpretativo de las cláusulas convencionales, lo que supone, en primera instancia, la preferencia inicial por el recurso a la negociación directa entre las partes, y sólo cuando ésta falla, se considera justificada la eventual intervención de un tercero.

El canon hermenéutico de totalidad se convierte, por todo ello, en un elemento esencial para la comprensión del pacto⁴. Ello no sólo supone la necesidad de encuadrar cada cláusula convencional en el completo contexto que sirve de base al mismo y, por extensión, considerar el mismo como un todo único. La doctrina del “equilibrio interno” resulta una clara manifestación de la exigencia de respeto por el intérprete del ajuste interno de condiciones alcanzado y, por ende, de la rabiosa necesidad de tener en cuenta la misma a la hora de precisar el valor de lo dicho.

**EL CONVENIO COLECTIVO
ES UNA CONJUNCIÓN
DEL DERECHO PÚBLICO
(NORMA COACTIVA HECHA
POR PARTICULARES) Y
DEL DERECHO PRIVADO
(CONTRATO CON EFECTOS
DE NORMA ESTATAL)**

(3) R.J. VERNENGO, *La interpretación literal de la Ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1971, pág. 101.

(4) Como pone de manifiesto E. BETTI, *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, Edersa, Madrid, 1975, pág. 397.

Como ha recordado la jurisprudencia en numerosos pronunciamientos, “el convenio colectivo constituye un todo orgánico, de aplicación global, no siendo lícito pretender al amparo de una cláusula específica más beneficiosa eludir otras más perjudiciales, existentes en otras fuentes del Derecho cuando el conjunto del convenio es más favorable al trabajador”⁵. La anterior conclusión ha llevado a la doctrina de suplicación a entender preferente lo establecido en convenio colectivo sobre lo normado con carácter general sobre la base del respeto a la autonomía negociadora, “pues lo contrario supondría alterar en un punto concreto un acuerdo general alterando la armonía del mismo”⁶. Se parte, de este modo, de presumir un resultado global del convenio con base en la igualdad de fuerzas de las dos partes colectivas signatarias pues, si el sindicato o el comité ha firmado las concesiones, seguramente será debido a que el empresario hace otras que compensan en otras partes el texto convencional.

B) Limitaciones y límites de los órganos convencionales y jueces de lo Social en la interpretación convencional

En todo caso, son jueces y sujetos negociadores los que se reparten el papel esencial a la hora de concretar el alcance de lo querido por las partes y los que, en última instancia, se encuentran llamados a ponderar en cada caso el equilibrio de intereses en juego subyacente detrás de cada norma. Sujetos públicos y privados se reparten, de este modo, el protagonismo a la hora de precisar el alcance último del acuerdo. Comisión Mixta Paritaria y Jurisdicción Social resultan, en fin, los órganos encargados de dotar de significado el contenido de los convenios, cada uno desde la peculiar posición que el ordenamiento les otorga y todo ello, eso sí, desde la omisión por el ordenamiento de reglas precisas que concreten y, sobre todo, coordinen de forma integral el resultado de su actividad⁷.

No faltan, sin embargo, referencias normativas como la que contiene el art. 95.2 LPL al informe de la Comisión Paritaria del convenio colectivo como elemento de convicción particularmente indicado en la modalidad procesal de conflicto colectivo. Tal informe, que no tiene, naturalmente, carácter vinculante para el órgano judicial, es una fórmula de coordinación entre las facultades judiciales de interpretación de la norma colectiva y el origen pactado de ésta, poniendo de manifiesto lo querido por los negociadores. No tiene, en todo caso, naturaleza de medio probatorio, pues consiste en una interpretación del derecho, debiendo considerarse como un instrumento auxiliar del Juez al modo de otros informes. También puede ilustrar al Juez sobre hechos que pueden contribuir a formar criterio sobre la correcta interpretación de un precepto convencional, como los antecedentes de la negociación o la forma en que está siendo aplicada.

(5) Vid. STS de 29 de abril de 1993, Sala Cuarta (RJ 3381).

(6) A título de ejemplo, SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de febrero de 1991 (AS 1500); Canarias de 26 de abril de 1991 (AS 2374).

(7) Un riguroso análisis puede hallarse en D. LANTARÓN BARQUÍN, *Ordenación de la solución extrajudicial de conflictos laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2003, págs. 681 a 731.

2. FUNCIÓN JUDICIAL E INTERPRETACIÓN CONVENCIONAL: LA INADECUACIÓN DEL JUEZ PARA CONOCER DE CONFLICTOS INTERPRETATIVOS

A) El papel estratégico del Juez en la interpretación de la norma convencional

Se ha dicho, en este sentido y con indudable acierto, que las interpretaciones judiciales son un fiel reflejo del “escenario estratégico” en el que se dan a conocer⁸. Por ello, en un contexto caracterizado por las virulentas transformaciones, la aceleración del proceso de innovación tecnológica, la segmentación de los mercados de trabajo y el pleno asentamiento en la cultura de la flexibilidad, se cuestiona la función que el Juez debe cumplir en la recta composición de intereses que subyacen en un escenario de las anteriores características. Protagonismo que resulta tanto más trascendente si se parte, como es necesario hacer, de que la interpretación de una norma jurídica se hace no sólo en atención a las fórmulas que emplea, sino confrontando la regla con la realidad que intenta regular y la finalidad que pretende conseguir. Ningún método puede obviar la demanda de que el Derecho debe funcionar no sólo de modo lógico-formal, sino también de modo justo y eficiente.

La circunstancia define, así pues, el alcance y contenido de la interpretación jurídica y, como venimos señalando, con más intensidad, si cabe, cuando aquélla queda referida a la interpretación de normas convencionales. Esa especialidad convierte en muchos casos en inadecuada la intervención judicial cuando la misma se proyecta sobre el terreno de lo acordado. En primer lugar, porque la interpretación judicial parte de una suerte de “foto fija” de una secuencia pasada de acontecimientos que desconoce los datos que hayan podido producirse desde el planteamiento del conflicto. La dinámica colectiva queda desconocida una vez definido el litigio por lo que, también, la respuesta judicial conserva un valor retrospectivo, convirtiendo el resultado, en muchas ocasiones, en mera pedagogía. En segundo lugar, como gráficamente se ha dicho, el Juez “aterriza en paracaídas” sobre un conflicto que le plantean las partes con un formalismo determinado⁹; el desconocimiento del terreno social impide una respuesta que equilibre el conflicto atendiendo a las circunstancias concurrentes. La lógica del Juez es, en buena medida, una lógica binaria, aristotélica, fundada en la victoria procesal de una de las partes respecto de la otra. La realidad colectiva se mueve, sin embargo, dentro de una lógica borrosa en la que no resulta conveniente ni, por mejor decir, positivo en términos de clima social la existencia de una parte vencida, sino que resulta preferible un justo equilibrio de intereses.

Pero el riesgo más importante debe situarse en la cesión de soberanía que realizan los sujetos sociales cuando trasladan al Juez la solución de sus conflictos. Ello supone que, en última instancia, “una parte no desdeñable del poder normativo en materia de relaciones laborales está en manos de los jueces y tribunales del orden social, produciéndose una disociación entre la creación de la norma colectiva y su aplicación que resta de hecho

(8) P. SALVADOR CODERCH, “Interpretación judicial y decisión política”, *Anuario de Derecho Civil*, 1992, t. XLV, IV, pág. 1593.

(9) T. SALA FRANCO, *Balance de los sistemas de solución de conflictos*, en AAVV, *Jornadas Confederales sobre mediación y arbitraje*, UGT, Madrid, 1999, pág. 9.

competencias normativas (y protagonismo en la gestión de las relaciones de trabajo) a los representantes de los trabajadores y empresarios”¹⁰. Lo anterior significa que son los jueces los que, en estos casos y, en última instancia, deciden sobre lo querido por las partes, sometimiento al poder decisorio de un tan cualificado tercero que, en ocasiones, puede servir para difuminar el criterio de los propios sujetos colectivos.

No deja de resultar, con todo, significativo que este tan acusado protagonismo judicial venga incluso impulsado desde los propios sistemas o modelos extrajudiciales de solución de conflictos. El propio Acuerdo Estatal sobre Solución Extrajudicial de Conflictos respira, en cierta medida, el aire de la Ley de Procedimiento Laboral. La remisión del Acuerdo al concepto de conflicto jurídico, la designación de los sujetos legitimados para iniciar la mediación o el arbitraje o, incluso, los principios que deben regir estos procedimientos son institutos que vienen, en última instancia, contruidos sobre la base que, para los mismos, diseña la norma procesal laboral dentro del procedimiento especial de conflicto colectivo. Incluso, el propio actuar de las instituciones de solución extrajudicial mira de reojo la formalidad que caracteriza la actuación jurisdiccional, como si lo extrajudicial se resistiese a iniciar una andadura en soledad en la búsqueda de su propia identidad.

B) Intervenciones de sanción, corrección y reafirmación de lo judicial en el terreno de la negociación colectiva

a) Intervención sancionadora del actuar de la autonomía colectiva: el Juez como instrumento de tutela del orden público laboral frente a los excesos convencionales

La actuación judicial en relación con la interpretación de las normas colectivas viene definida, en una inicial aproximación, por el desarrollo de una función de tutela y control del orden público laboral. Esta función depuradora conserva un significado que se vincula al control sobre las extralimitaciones en las que, en su normal actuar, pueda incurrir la negociación colectiva. Es evidente que en la convivencia normativa entre la Ley y el convenio, éste ha de respetar las normas de derecho necesario, como exigencia derivada del principio de legalidad, puesto que el derecho constitucional a la negociación colectiva únicamente puede ser ejercitado con “respeto a las Leyes”.

El propio Tribunal Constitucional, en su STC 62/2001, de 1 de marzo, afirma que “el Convenio Colectivo ha de respetar las normas de Derecho necesario relativo que estén vigentes cuando las partes negociadoras pactan y firman el Convenio”. En la misma línea que el Tribunal Constitucional, la doctrina del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, mantiene el criterio constante de subordinación del Convenio Colectivo a la Ley con fundamento en el art. 3.3 ET, como en el 85.1 del mismo texto legal. Así viene declarando que la “norma

(10) M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Albacete, 2004, pág. 18.

paccionada debe prevalecer sobre la estatal en cuanto no viola normas estatales de Derecho necesario, que configuran el orden público laboral, ni perjudica los mínimos de derecho necesario” y así viene afirmando también que, en aras del principio de legalidad (art. 9.3 CE), las normas promulgadas por el Estado con carácter de Derecho necesario penetran, por imperio de la Ley, en la norma paccionada ya creada.

Esta actuación se encuentra generalizada y son múltiples los pronunciamientos en los que los Tribunales vienen moderando los excesos de la negociación colectiva. Buen ejemplo son los múltiples pronunciamientos en relación con el polémico tema de las dobles escalas salariales. Ejemplo de esas facultades limitadas de la autonomía colectiva es la STC 27/2004, de 4 de marzo, cuando afirma que la distinta fecha de ingreso o de adquisición de fijeza en la relación laboral, cuando se utiliza como criterio de diferenciación exclusivo, no complementado por otros factores por sí mismos diferenciadores o justificativos de la razonabilidad de la diferencia de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y lo pretendido supere un juicio de proporcionalidad, no puede considerarse conforme al art. 14 CE. Por ello, cuando, como ocurre en el supuesto que sirve de base al referido pronunciamiento, no consta pacto alguno que implique compromisos empresariales dirigidos efectivamente a compensar, favoreciendo a los trabajadores perjudicados, por el trato salarial peyorativo al que se les somete, ni siquiera previsiones que con base en pautas de compensación o reequilibrio determinen el establecimiento de la diferencia de modo transitorio, asegurando su desaparición progresiva, tal actuar colectivo debe considerarse discriminatorio. Buen ejemplo es, también, la STC 104/2004, de 28 de junio, que aborda un polémico asunto de indudable actualidad, cual es la diferenciación de los trabajadores en subplanes cuando la fecha de ingreso del trabajador en la empresa como criterio de asignación no toma en cuenta la vinculación del trabajador con la empresa con contratos temporales.

Igualmente, la intervención de la jurisprudencia ha tratado de modular los excesos creativos de la negociación colectiva. Significativo ejemplo de esta línea es el que representa la ya célebre cláusula de “eventual discontinuo” que contenía el Convenio colectivo de manipulado y envasado de tomate de la Región de Murcia. Dos importantes sentencias del Tribunal Supremo dictadas en Sala General el 17 de diciembre de 2001

LA STC 62/2001, DE 1 DE MARZO, AFIRMA QUE EL CONVENIO COLECTIVO HA DE RESPETAR LAS NORMAS DE DERECHO NECESARIO RELATIVO QUE ESTÉN VIGENTES CUANDO LAS PARTES NEGOCIADORAS PACTAN Y FIRMAN EL CONVENIO

vinieron a declarar la ilegalidad de la referida cláusula. La contratación temporal en nuestro sistema legal de relaciones laborales, dijo la Sala Cuarta, está sujeta a normas de Derecho necesario, de modo que el art. 15 del ET establece que podrán celebrarse contratos de duración determinada únicamente en los supuestos que a renglón seguido enumera: obra determinada, eventuales, interinidad y el recientemente incorporado de inserción. Una doctrina jurisprudencial reiterada ha señalado que “para que un contrato sea verdaderamente temporal o de duración determinada, no basta, en absoluto, con la expresión en el texto del mismo de tal carácter temporal y la duración concreta que se le asigna, sino que tiene que cumplir inexorablemente todos los requisitos y exigencias que la Ley impone”¹¹. Quiere ello decir que, como expresa esa doctrina, sólo pueden concertarse como temporales los contratos previstos por el legislador y que los agentes sociales podrán pactar, a los distintos niveles, únicamente en los campos que el legislador expresamente haya fijado.

b) Intervención correctora: la intervención del Juez como instrumento de modulación convencional

La jurisprudencia ha venido cumpliendo en relación con la autonomía colectiva una segunda función. Función que podríamos calificar como de moduladora de la acción colectiva al permitir interpretaciones que, respetando lo establecido por la negociación colectiva, sometiesen a ciertas condiciones lo por ella establecido.

Como se recordará, la Ley 11/1994 dotó de nueva redacción al art. 15.1.b) del ET y estableció que los convenios colectivos de ámbito sectorial pudieran modificar tanto la duración máxima como el período de cómputo, atendiendo al carácter estacional de la actividad propia del ámbito. Se buscaba, como indicaba la Exposición de Motivos, dar cobertura y respuesta a las “necesidades y especificidades de los sectores de actividad”. La negociación colectiva no atendió al carácter estacional o a las causas que el legislador le indicaba, a excepción de algunos casos aislados. En cambio, construyó una figura de contrato eventual ampliado o una “eventualidad de ciclo largo”, en la expresión de LÓPEZ GANDÍA, a través de definiciones vagas y genéricas del uso de este contrato¹².

El establecimiento de esas eventualidades desmesuradas trató de ser moderado por la actuación judicial que sometió a ciertas condiciones el uso de tales contratos, dado que bajo los mismos pesaba la sospecha de abusividad. Así, a título de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 25 de junio de 1998 (AS 3168) consideró que la eventualidad que había sido origen y causa del contrato debía mantenerse durante toda la vida del mismo por lo que entendía que no se autorizaba al “empresario a mantener vigente el contrato durante todo el período de tiempo si no concurren efectivamente durante el mismo las causas de temporalidad que lo justifican. Y desde luego no basta que estas causas puedan concurrir al inicio de la contratación para desaparecer con posterioridad, como podría

(11) Vid. STS de 22 de junio de 1990, Sala Cuarta (RJ 1990).

(12) J. LÓPEZ GANDÍA, *Negociación colectiva y modalidades de contratación laboral*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997.

desprenderse de la redacción del art. 32 del Convenio en cuestión”. Añadía el referido pronunciamiento que “sería admisible que estas circunstancias no concurrieran con igual intensidad durante todo el período de vigencia” pero “los momentos de descenso de la actividad empresarial dentro del período de duración previsto en el convenio han de ser mínimos, escasamente relevantes y absolutamente secundarios respecto a los mayores episodios de incremento de la producción que justifican esta modalidad contractual”; en caso contrario, “el contrato debería considerarse concertado en fraude de ley”.

c) Intervención de reafirmación o ratificación: el exquisito respeto del Juez al equilibrio contractual

Finalmente, un último grupo de casos podría venir de la mano de ciertas actuaciones de nuestros jueces y Tribunales que desde la reafirmación o ratificación de la autonomía colectiva están permitiendo la reducción o, al límite, desaparición de los mínimos de derecho necesario establecido por normas legales que se convierten a través de la actuación de la jurisprudencia en reglas parcialmente disponibles. Igualmente, cabe apreciar, en otros casos, una abierta flexibilización del marco legal hasta el punto de hacer irreconocible el mandato legal.

Que la contratación temporal, pese al proceso de desaceleración que vive en los últimos años, continúa resultando la pieza esencial de nuestro actual mercado de trabajo supone una realidad difícilmente contestable. En el anterior contexto, y dentro de una acusada política en la que la legislación, por omisión, y la jurisprudencia, por acción, han venido flexibilizando el recurso a las diversas modalidades de trabajo temporal, se ha producido, como resultado, un progresivo debilitamiento del principio de causalidad contractual, fundamento y principio objetivador básico del recurso a estas formas contractuales. El reconocimiento de la posibilidad del uso del término resolutorio en el contrato para obra o servicio determinado; la admisión de los supuestos de sucesión contractual como técnica lícita derivada del principio de libertad negocial, o el recurso a interpretaciones que inciden en el proceso de relajación de las garantías formales exigidas normativamente para la realización de este tipo de contratos son factores que subrayan esta tendencia apuntada.

En cuanto a la posibilidad de que la celebración de una contrata o concesión administrativa sea causa suficiente para legitimar la celebración de contratos de trabajo de duración coincidente con la contrata, la Sala Cuarta del TS se inclinó inicialmente por una solución negativa. En este sentido, distintos pronunciamientos negaron que la identificación de la obra o servicio que constituye el objeto de la contrata dote a la actividad contratada de autonomía y sustantividad suficientes para justificar la contratación temporal, al menos cuando la actividad contratada constituye una actividad permanente en la empresa principal. Así se manifestaron las SSTs, Sala Cuarta, de 26 de septiembre de 1992 (RJ 6816), de 30 de octubre de 1992 (RJ 9292), de 17 de marzo de 1993 (RJ 1866), y de 4 de mayo de 1995 (RJ 3746). De este modo, como señalaba la Sentencia de 30 de noviembre de 1992, “la nota de duración limitada en el tiempo de la presencia temporal de un titular empresarial, consecuencia de la concesión que dicho titular explota y que continúa, dado el carácter permanente del servicio, mediante sucesivas concesiones a nuevos

titulares, no puede ser en este caso trasladada a los contratos de trabajo que un titular concierte para atribuirles una duración igual a la de la concesión”. Esta interpretación se altera radicalmente, sin embargo, en la STS, Sala Cuarta, de 15 de enero de 1997 (RJ 497), en la que se acepta que la vigencia de la contrata puede justificar la celebración de contratos temporales para obra o servicio determinado, afirmando que “existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es —es importante subrayarlo— una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste”. De este modo, lo decisivo “es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo”, es decir, el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato¹³.

Más claramente, diversas Sentencias del Tribunal Supremo permitieron materializar la idea antes anunciada, esto es, la posibilidad de que se volatilice el carácter de mínimo de derecho de una determinada disposición por acción de la negociación colectiva. Un primer ejemplo puede hallarse en el reconocimiento de la validez de las cláusulas convencionales que sustraen a la retribución de las vacaciones determinados componentes salariales que, en principio, podrían corresponder a un riguroso concepto de “retribución normal o media” ex art. 7 del Convenio 132 OIT. Así, las SSTS, Sala Cuarta, de 21 de enero de 1992 (RJ 59), 13 de marzo de 1992 (RJ 1647) o 29 de septiembre de 1995 (RJ 6789) han abierto dicha posibilidad.

Más recientemente, el Tribunal Supremo ha entendido por lo menos en dos ocasiones —SSTS de 12 de febrero de 2002 (RJ 3783) y 18 de marzo de 2003 (RJ 5220)— que cuando se fija en Convenio el valor de la hora de espera, aunque aquél sea inferior al de la hora ordinaria prevalece lo dispuesto en el Convenio Colectivo frente a lo dispuesto en el art. 8.3 *in fine* del Real Decreto 1561/1995, en base al “carácter preeminente que en la regulación de las relaciones de trabajo adquiere la negociación colectiva”. Más recientemente, y de forma más contundente, la STS, Sala Cuarta, de 20 de mayo de 2004 (RJ 4891), ha concluido que “puede resultar en este caso llamativo que el Convenio Colectivo prevea un precio inferior al de la hora ordinaria para las horas extraordinarias y que, sin embargo, por el juego de la normativa aplicable, se retribuya con mayor precio la hora de espera que no es siquiera hora de trabajo efectivo, pero esto sólo puede llamar la atención desde fuera del presente proceso, como antes se ha dicho, porque estaba en la mano de los negociadores de aquél disponer otra cosa y, si no lo hicieron, nadie puede entrar en las causas por las que ello se hizo así, como tampoco podemos entrar en las causas por las que valoraron la hora extraordinaria en un precio inferior al que en términos de derecho necesario viene dispuesto por el art. 35 ET”¹⁴.

(13) Esta interpretación se reitera y consolida en los posteriores pronunciamientos SSTS, Sala Cuarta, de 18 de diciembre de 1998 (RJ 307/1999) 28 de diciembre de 1998 (RJ 387/1999) y 20 de noviembre de 2000 (RJ 1422/2001).

(14) Unas interesantes y críticas reflexiones sobre esta doctrina pueden verse en R. MORÓN PRIETO, *La flexibilización de la organización y la regulación del tiempo de trabajo (Un estudio de las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo)*, Tesis Doctoral, UAM, Madrid, 2004, págs. 332 a 336.

La interpretación del convenio colectivo

Aunque se repite que la jurisdicción consiste en aplicar el Derecho en el caso concreto y no en establecer reglas generales y que el Juez no tiene poder de decisión propio sobre la determinación de la regla con la que se decide el litigio, tal afirmación no deja de ser, cuando menos, imprecisa. Los procesos de generalización de la jurisprudencia, en los que el “germen de generalidad”¹⁵ que la misma contiene se materializa de forma rotunda, pueden producir disfuncionales efectos. El riesgo de la materialización de la idea de la sentencia como norma¹⁶, si como regla general supone un exceso dentro de los límites legalmente marcados a la acción de los jueces en nuestro sistema jurídico, trasladada al terreno de la autonomía colectiva puede producir imprevisibles efectos y evidentes distorsiones en el papel constitucionalmente reservado al referido poder social.

3. FORMALIZACIÓN E INTERVENCIÓN DE LA COMISIÓN MIXTA PARITARIA: ENTRE LAS PROPIAS LIMITACIONES Y EL ESCEPTICISMO JUDICIAL

A) Limitaciones funcionales

El ET impone la designación de una Comisión Paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas (art. 85.3 ET). Entre las funciones que la misma puede desarrollar, se sitúan, fundamentalmente, las de interpretación general del convenio, lo que le otorga, como se ha dicho con indudable acierto, una función “cuasi-jurisdiccional”. Constituyen, en fin, el órgano básico de administración y vigilancia del convenio, que recibe por delegación las facultades que las partes negociadoras le asignen.

Las Comisiones Mixtas Paritarias han mostrado, en la práctica, un escaso éxito. Las razones del anterior resultado son, sin duda, plurales y exigen mirar tanto hacia dentro como hacia fuera de las mismas para precisar los motivos que justifican su limitada funcionalidad en el campo de las relaciones colectivas.

Si miramos hacia dentro de las mismas en un ejercicio de introspección institucional, puede observarse con claridad que

**LA COMISIÓN PARITARIA
CONSTITUYE
EL ÓRGANO BÁSICO DE
LA ADMINISTRACIÓN Y
VIGILANCIA DEL CONVENIO
QUE RECIBE, POR
DELEGACIÓN,
LAS FACULTADES QUE
LAS PARTES
NEGOCIADORAS
LE ASIGNEN**

(15) En la expresión de F. CLEMENTE DE DIEGO, *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Madrid, 1925, pág. 67.

(16) F. P. BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

su propia definición plantea problemas. En efecto, su carácter paritario supone una limitación estructural a su propio funcionamiento, dado que, precisamente, este carácter no les permite salir de los callejones en los que pueda entrar. Su composición hace de estos órganos instrumentos claramente disfuncionales a hora de resolver posibles empates o situaciones de difícil salida, alcanzando su plena funcionalidad en situaciones de abierta negociación.

Igualmente, la actuación de estas Comisiones queda limitada al terreno de la interpretación sin que pueda entrar en el de la negociación. A tal efecto, el propio Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina a propósito de la integración de Sindicatos no firmantes en comisiones establecidas en los convenios colectivos, a tenor de la cual es necesario distinguir comisiones negociadoras y comisiones aplicadoras¹⁷. Son las primeras las que se constituyen para la modificación o creación de reglas nuevas, y son las segundas las que tienen por objeto la aplicación o interpretación de alguna de las cláusulas del convenio colectivo, o la adaptación de alguna de ellas a las peculiares circunstancias de un caso concreto.

Pero, como ha señalado esta Sala del Tribunal Supremo, entre las atribuciones de la Comisión Paritaria no figura la modificación de lo pactado en convenio colectivo¹⁸. Es cierto que el propio convenio colectivo puede atribuir a la Comisión Paritaria de aplicación otras facultades relacionadas con lo que la doctrina ha llamado “administración del convenio”; así se desprende del art. 85.2.d) ET, y así lo ha reconocido reiteradamente la propia jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 13 de noviembre de 1991, 24 de diciembre de 1993 y 8 de noviembre de 1994, entre otras). Pero, como también ha dicho la Sala Cuarta en repetidas ocasiones, 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 en exclusiva al legislador, y excede por tanto de las atribuciones de los sujetos con capacidad convencional representados en la propia comisión negociadora asignar valor nominativo a los acuerdos de la comisión de aplicación (SSTS de 27 de noviembre de 1991, RJ 8420, 24 de junio de 1992, RJ 4669, 25 de mayo de 1993, RJ 5533, entre otras).

Las Comisiones Paritarias quedan, pues, restringidas, en cuanto a su ámbito de actuación, a tareas puramente interpretativas, lo que funcionalmente limita su posible espectro de actuación. En sentido contrario, los sistemas de solución extrajudicial previstos permiten una plena participación de todos los sujetos implicados y, por extensión, pueden facilitar acuerdos que tendrían vedados las referidas Comisiones. Pese a ello, los Acuerdos sobre Solución Extrajudicial de Conflictos reconocen prioridad a la intervención de la Comisión Paritaria, con lo que siguen un cierto principio de especialidad. Solución adecuada pues, si bien es cierto que no existe un determinismo paritario, estos conflictos pueden ser, en ocasiones, su marco idóneo de actuación.

(17) Contendida básicamente en las SSTC 73/1984, de 27 de junio, 9/1986, de 21 de enero, 39/1986, de 31 de marzo, 184/1991, de 30 de septiembre y 217/1991, de 14 de noviembre.

(18) STS, Sala Cuarta, de 3 de junio de 1991 (RJ 5127) y 15 de diciembre de 1994 (RJ 10097).

Finalmente, si bien es cierto que la Comisión Paritaria carece de exigencias legales en cuanto a su definición, lo que hace que las partes gocen de una flexibilidad absoluta –dentro del respeto a principios constitucionales– a la hora de proceder a diseñar su estructura y modo de funcionamiento, un tan amplio margen de definición no ha sido aprovechado por los agentes sociales. Doctrinalmente se vienen detectando ciertas insuficiencias funcionales que no contribuyen precisamente a consolidar y fortalecer su papel como instrumento de interpretación convencional de primer grado: la desregulación de las reglas internas de funcionamiento, la falta de claridad a la hora de precisar el rol institucional y los cometidos a ella atribuidos o, en fin, las limitaciones en cuanto a las competencias a ellas atribuidas, son factores para la reflexión y la autocrítica sindical¹⁹.

B) Limitaciones derivadas del escepticismo judicial

Pero a las incertidumbres y debilidades que caracterizan el actuar de las Comisiones Mixtas Paritarias y que derivan de su ser interno, cabe añadir otras procedentes del escepticismo con el que son miradas por jueces y Tribunales. Las soluciones extrajudiciales han sido vistas como un instrumento antieconómico y, por otro lado, como un instrumento disfuncional para el normal desarrollo de la dinámica procesal que contribuye al retraso en la administración de justicia. El resultado es que la idea de un sistema judicial de solución de controversias legalmente establecido como sistema cerrado en sí mismo, que no tolera intromisiones provenientes de la actividad comercial de los particulares o de los grupos sociales organizados, lejos de perder peso, permanece sólidamente arraigado en la lógica de nuestras relaciones laborales.

Como decimos, ha sido la propia interpretación judicial la que ha contribuido a situar en un discreto segundo plano el papel de las Comisiones Mixtas Paritarias en cuanto a la función de intérprete del convenio colectivo. En efecto, pese a que el Tribunal Constitucional zanjó la polémica sobre el carácter preceptivo de la intervención de estas Comisiones con carácter previo a la vía judicial, considerando la misma perfectamente conforme con el art. 24 CE en su STC 217/1991, de 14 de noviembre, lo cierto es que los Tribunales ordinarios han venido recortando el alcance de tan lógico pero, a la vez, tan limitado campo de actuación. Así, se ha venido afirmado que para que tal limitación pueda operar es preciso que se haya establecido con carácter preceptivo su intervención previa a la judicial en el propio convenio colectivo, sin que baste, por tanto, su configuración genérica como órgano de interpretación y aplicación de las cláusulas del convenio²⁰. Limitación a la que se añade, por un lado, que no es exigible lógicamente la obtención de un resultado positivo²¹ y, por otro, que el referido trámite no será preciso cuando no se trate de interpretar una norma del convenio²².

(19) F. ALEMÁN PÁEZ, “Comisiones Mixtas y Comisiones Paritarias: balance y perspectivas funcionales,” en AAVV, *Mediación y arbitraje en España. El papel de las Comisiones Paritarias*, UGT, Madrid, 2004, págs. 41 a 47.

(20) STS de 8 de noviembre de 1994, Sala Cuarta (RJ 8600).

(21) STS de 2 de octubre de 1996, Sala Cuarta (RJ 7682).

(22) STS de 17 de febrero de 1997, Sala Cuarta (RJ 1440).

A esta línea debilitadora del papel de la institución que venimos analizando se añade aquella que afirma la plena autonomía interpretativa del Juez sobre lo afirmado por la Comisión Paritaria. La posición mantenida por nuestros Tribunales y, en especial, por nuestro Tribunal Supremo –véase así la STS, Sala Cuarta, de 27 de marzo de 1996 (RJ 2497)– parte de considerar que la jurisdicción no se encuentra vinculada por la interpretación que haya podido realizar el órgano paritario. La fundamentación de la referida tesis se asienta en los siguientes argumentos: en primer lugar, la vinculación del Juez a la interpretación realizada por la Comisión Mixta supondría conferirle facultades novatorias; en segundo término, la Comisión Paritaria no puede confundirse con la Comisión Negociadora, de forma que la interpretación que aquélla realiza no puede ser calificada de auténtica, y, en fin, la fuerza vinculante del convenio obliga a su íntegro respeto por todos, lo que imposibilita la modificación de su contenido. Argumentos que, como ha rebatido brillantemente CRUZ VILLALÓN, resultan ciertamente inasumibles²³.

Un último criterio ha contribuido, por si los anteriores no fueran suficientes, a reducir la relevancia y significación del trámite preprocesal. De este modo, y según jurisprudencia constante de nuestro Tribunal Supremo, la omisión del intento de conciliación por esta vía no es alegable en casación, al no estar comprendida esta infracción en el art. 205 LPL. Así, el Tribunal, con expresa mención de lo dicho en sus SSTS, Sala Cuarta, de 2 de junio de 1994 (RJ 5401), 12 de mayo y 28 de octubre de 1997 (RJ 1997, 4087 y 7682), 25 de marzo y 31 de mayo y 7 de diciembre de 1999 (RJ 3518, 6733 y 9689), viene reiterando lo sentado por él desde aquella inicial sentencia, esto es: “la carencia de contenido casacional de estos recursos se debe a que no pueden ampararse en el citado art. 205 porque el supuesto fondo no tiene encaje ni en los apartados a) y b) de dicho artículo, pues no afecta a la jurisdicción, a la competencia o a la inadecuación de procedimiento, ni tampoco está comprendida en el apartado c), al no tratarse de normas reguladoras de la sentencia, ni del quebrantamiento de forma esencial del juicio, pues dicho trámite previo ante la Comisión no es forma esencial del juicio sino, en su caso, procedimiento anterior a éste y su omisión o cumplimiento defectuoso no ha podido ser determinante de una indefensión”²⁴. Podría añadirse a lo anterior que probablemente el fundamento último de tales resoluciones podría encontrarse, como doctrinalmente se ha dicho, en un argumento de corte extrajurídico, a saber, que si “la STS de 2 de junio de 1994 hubiera anulado la sentencia de instancia lo único que hubiera logrado sería que, después de cinco años, el asunto se sometiera a la Comisión Paritaria no para obtener una solución vinculante, sino para comenzar de nuevo el proceso después del informe previo de la Comisión. ¿Es ésta la eficacia del sistema extrajudicial?”²⁵. En suma, si para tan largo me lo fiáis...

(23) J. CRUZ VILLALÓN, *Estatuto de los Trabajadores comentado*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 1097 y 1098.

(24) En reflexión crítica que compartimos, comentando el primero de los pronunciamientos señalados, J.M. GOERLICH PESET, “Una aproximación jurisprudencial a los trámites preprocesales establecidos en un convenio colectivo. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1994”, *RL*, 1995, II, págs. 556 a 564.

(25) A. DESDENTADO BONETE y B. VALDÉS DE LA VEGA, *La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo. Una síntesis de jurisprudencia*, Trotta, Madrid, 1998, pág. 87, núm. 28.

La interpretación del convenio colectivo

De todo lo dicho se extrae sin dificultad la congénita insuficiencia de los sistemas de interpretación y aplicación de los convenios nacidos de la acción dinámica de la autonomía colectiva y la latente insensibilidad judicial que se aprecia hacia este tipo de instrumentos.

Es evidente que la interpretación y aplicación del convenio debe buscar un lugar de encuentro en la negociación colectiva, máxime si, como ha quedado apuntado a lo largo del presente estudio, la norma jurisprudencial puede servir para santificar y generalizar a su través actuaciones convencionales que, aunque pudieran encontrar precisa explicación en un determinado contexto, pueden convertirse, de generalizarse, en perversas amenazas para el conjunto del sistema de relaciones laborales. El equilibrio entre lo judicial y lo extrajudicial debe salvarse a favor de este último pero ello exige de una rotunda apuesta por los agentes sociales que deben confiar sin reserva en los sistemas de interpretación y solución de conflictos que ellos mismos se han otorgado. En fin, como dijera Carlos MARX en su famosa tesis 11ª sobre Feuerbach, verdadera apología de la acción frente a la especulación, “no se trata de comprender el mundo, sino de cambiarlo”.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Constitución y ley. 2. Constitución y reglamento.

3. Legislación estatal y Comunidades Autónomas. 4. Ley y convenios colectivos.

5. Convenios colectivos. A) Ámbito de aplicación. B) Diferencias de trato. C) Convenios extraestatutarios. D) Sucesión de convenios y principio de irregresividad. E) Interpretación. 6. Condición más beneficiosa.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 5 a 8 de 2004 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales I.L. J 673 a J 1192).

1. CONSTITUCIÓN Y LEY

No ha habido en el período de referencia pronunciamientos laborales estrictos en esta materia, sino que la única controversia entre una ley y la norma suprema del ordenamiento se ha producido en el terreno del Derecho de la Seguridad Social. Por su interés se recoge en esta crónica.

La STS de 26 de mayo de 2004, I.L. J 1175, Sala Cuarta, se pronunció sobre las consecuencias jurídicas que se derivan de la convivencia de hecho sobre el derecho a pensión de muerte y supervivencia del ex cónyuge que estuvo unido con el causante por vínculo matrimonial. El problema concreto tenía la particularidad de que la convivencia del ex cónyuge había cesado antes de que se produjera el fallecimiento del causante de la pensión.

La STC 125/2003 condicionó decisivamente las opciones del Tribunal. Esta sentencia había declarado inconstitucional la disposición de la Ley 30/1981, que establecía la pérdida de la pensión de viudedad por la mera convivencia de hecho. Si bien tal decisión no alcanza al artículo 174.3 LGSS, fundamento de la decisión en el caso estudiado, el Tribunal señaló que la sentencia “condicionaba nuestra interpretación en el sentido de excluir la

posibilidad de considerar causa impeditiva de la adquisición de la pensión (asimilada) de viudedad a la convivencia *more uxorio*, que no se menciona en el enunciado en el artículo 174.2 de dicha Ley, y que ha sido descartada como causa de extinción o pérdida de efecto de la pensión ya causada por dicha sentencia constitucional”.

Aplicando el pronunciamiento del TC al caso estudiado, la Sala consideró que la convivencia de hecho no es causa de extinción de la pensión de viudedad, cuando hubiera desaparecido antes del fallecimiento del causante. La Sala expresó, sin embargo, sus dudas de constitucionalidad sobre el artículo 174.3 LGSS en lo referente a la situación de la convivencia que no hubiera cesado en el momento del fallecimiento del causante. Así, la sentencia incluye un interesante fundamento sexto en el que analiza, a modo de *obiter dicta*, la posible discriminación de los matrimonios frente a las parejas de hecho tras la decisión del Tribunal Constitucional, si bien concluye que la Sentencia de 2003 parece eliminar dichas dudas.

2. CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO

De nuevo es la Seguridad Social el marco normativo en el que se estudia la posible antinomia entre estas dos fuentes del Derecho, y nuevamente es el Tribunal Supremo el que conoce la cuestión, de especial trascendencia.

Los Decretos preconstitucionales que regulaban el reconocimiento de prestaciones de viudedad y orfandad en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social establecían que no cabían tales prestaciones si el causante no se hallaba al corriente del abono de sus cuotas en el momento del fallecimiento con un descubierto superior a los seis meses, aunque los beneficiarios hubieran satisfecho con posterioridad al óbito las cantidades adeudadas. La jurisprudencia había sostenido una interpretación estricta de esos preceptos, hasta que la **STS de 31 de mayo de 2004**, I.L. J 883, Sala Cuarta, dictada en Pleno, ha declarado derogados los artículos que establecían tal denegación por ser contrarios al artículo 14 de la Constitución. El hecho de que se considere que el texto regulador del REA tiene rango de ley no fue obstáculo para que la Sala declarara su pérdida de vigencia, puesto que por su carácter preconstitucional se entendía derogado en el momento de entrada en vigor de la Constitución en todo aquello que se opusiera a la norma fundamental.

La diferencia material que la Sala tomó como fundamento de referencia era la regulación establecida en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, donde no se fija límite alguno temporal, para la misma contingencia, a la hora de efectuar el pago tardío. La sentencia entendió que esta diferenciación no es objetiva ni razonable, por cuanto los afiliados a ambos regímenes están en situaciones similares (son ellos mismos los responsables del ingreso de sus cotizaciones) y el tope establecido ataca el principio contributivo, cuando existan cotizaciones suficientes, puesto que es “contrario a un principio elemental en materia de obligaciones y contratos cual es el *do ut des*”. El Tribunal valoró más la

I. Fuentes del Derecho

existencia de 7.467 días de cotizaciones que el descubierto de 47 meses en los últimos 8 años de carrera de seguro del fallecido.

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 pronuncia 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 **STSJ de Cantabria de 7 de enero de 2004**, I.L. J 683, 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. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

La libertad de pacto de las partes a la hora de negociar el convenio colectivo tiene limitaciones infranqueables en las normas de Derecho imperativo, como recuerdan los artículos 3.3 y 85 del Estatuto de los Trabajadores. En el caso estudiado por la **STSJ de Madrid de 27 de enero de 2004**, I.L. J 874, el convenio colectivo de Transmediterránea había establecido una remuneración para las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores inferior a la fijada para las horas ordinarias, sin otra alegación en su defensa que el hecho de haber sido libremente pactadas. Ante la reclamación de uno de los afectados por tal régimen, el Tribunal trajo a la luz una copiosa y asentada jurisprudencia que establece que “el artículo 35.1 del ET ordena que la cuantía que fija el Convenio Colectivo en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria”, otorgando valor de Derecho imperativo necesario a las previsiones del precepto legal, y por ello indisponible para las partes.

5. CONVENIOS COLECTIVOS

Una vez más, la parte más abundante de esta crónica se dedica a problemas que tienen su origen en la negociación colectiva. Aunque no corresponde ahora examinar su contenido, tiene interés el análisis de estos pronunciamientos para la toma en consideración

del convenio colectivo como fuente del Derecho del Trabajo, la más característica de este sector del ordenamiento.

A) Ámbito de aplicación

La STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2004, I.L. J 979, estudió la reclamación de un trabajador de una compañía cervecera, contratado bajo una fórmula de arrendamiento de servicios posteriormente declarada relación laboral, que reclamaba ser incluido para el cálculo de su salario en el convenio colectivo de un determinado centro de trabajo de la empresa, que no era el suyo, pues su exclusión implicaría discriminación. La sentencia consideró perfectamente válida la existencia de distintos convenios colectivos para los distintos centros de trabajo, considerando que “la delimitación territorial de un convenio concertado en el marco de una empresa a concretos centros de la misma no es generadora de discriminación para los trabajadores no incluidos en él”. Esta sentencia viene a romper con un principio tradicionalmente defendido como era el de “unidad de empresa”. La práctica convencional se está adaptando rápidamente a las exigencias del tráfico económico de nuestros días, y determinadas ideas que anteriormente se creían insalvables están siendo desplazadas, como también se verá en el caso del principio de irregresividad.

B) Diferencias de trato

Cuestión especialmente delicada, continúa originando numerosos pronunciamientos judiciales. Las SSTSJ de Extremadura de 26 de febrero y 27 de mayo de 2004, I.L. 1088 y J 1097, estudiaron las peticiones de trabajadores masculinos del Servicio Extremeño de Salud que solicitaban la concesión de ayudas de guardería en la misma condición que sus compañeras de sexo femenino. Ambas sentencias son de gran longitud, reproduciendo fragmentos muy extensos de la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, a la hora de justificar la concesión a los trabajadores varones de dicha ayuda. Uno de los argumentos de mayor peso expuestos apunta a que “el hecho de conceder la ayuda por guardería exclusivamente a la mujer, negándoselo al varón, en ningún caso supone beneficio para la misma, sino, muy al contrario, un perjuicio en tanto en cuanto no ofrece las mismas posibilidades al varón, para que desarrolle iguales derechos y obligaciones en el cuidado de los hijos desde su nacimiento”.

La STSJ de Cantabria de 5 de mayo de 2004, I.L. J 1014, resolvió un nuevo litigio planteado por trabajadores temporales de la Entidad Pública Correos y Telégrafos que exigían el pago del complemento de antigüedad recogido en el Convenio Colectivo, pago que la empresa únicamente quería efectuar a los trabajadores fijos. Fundamentándose en la jurisprudencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en unificación de doctrina, una línea constante y consolidada, la Sala declaró que tal complemento es aplicable a todos los trabajadores, con independencia de la duración de su contrato, “en defensa de un principio de igualdad de trato entre fijos y temporales sin más excepciones que las

I. Fuentes del Derecho

contenidas en las previsiones legales o en razones objetivas suficientemente justificadas”. Las alegaciones de la empresa basadas en un artículo del siguiente Convenio Colectivo, que reconoce el complemento también a los trabajadores eventuales a partir de su entrada en vigor y en el ámbito de un mismo contrato de trabajo, fueron rechazadas por la Sala, por ser tal precepto posterior al hecho enjuiciado, y de dudoso ajuste al principio de igualdad por razones similares a las empleadas en la resolución del litigio.

Las **SSTSJ de Murcia de 21 de junio de 2004**, I.L. J 1075 y J 1076, también estudiaron el caso de sendos trabajadores de la misma Entidad Pública, que solicitaban el mencionado complemento de antigüedad. La Sala de lo Social del Tribunal murciano recurrió a la misma jurisprudencia invocada por la sentencia cántabra, pero únicamente para los efectos anteriores a la entrada en vigor del nuevo convenio. Así, aquélla analizó el artículo 60.b) del Convenio Colectivo en vigor a partir de 2003 –criticado por la sentencia de Cantabria–, y estableció la lectura correcta de su confusa redacción. La conclusión plasmada fue que quien, en el período regido por el anterior Convenio Colectivo, viniera cobrando trienios en concepto de antigüedad, o tuviera derecho a su reconocimiento y cobro en el momento de la entrada en vigor del nuevo Convenio, pasará a percibir un complemento *ad personam* por dicha cuantía, de carácter no absorbible ni compensable, pero sí revisable “cuando se formalice un contrato de duración indefinida con la Sociedad Estatal”.

Los trienios de antigüedad del personal laboral temporal de la Gerencia Regional de Salud de la Junta de Castilla y León fueron el objeto de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 6 de abril de 2004**, I.L. J 1158. En la línea acostumbrada, y teniendo siempre como referencia la Directiva comunitaria 1999/70, se señaló que el criterio de igualdad entre trabajos temporales y fijos se quiebra “cuando se computa la antigüedad a unos trabajadores sí y a otros no, sólo en función del tipo de contrato de trabajo”. Al tratarse de una Administración Pública como marco de la controversia, la Sala señaló que la aplicación del principio de igualdad debería ser mucho más rígida, por el pleno sometimiento a la Ley y el Derecho que debe regir su comportamiento.

La jurisprudencia ha venido insistiendo en que sí caben tratamientos diferenciados cuando concurren causas objetivas y razonables. Tal fue el caso de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2004**, I.L. J 997, que estudió las reclamaciones de una directora de residencia universitaria, personal laboral fijo, que solicitaba se le pagara el equivalente a la retribución del director de residencia funcionario. La base de tal petición era una Disposición Adicional de un Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, que no tuvo continuidad en posteriores Convenios, en la cual se creaba un complemento para personal laboral que desempeñara sus servicios en un puesto de trabajo de naturaleza funcional. La Sala rechazó la solicitud, fundándose en “la excepcionalidad que acompañó a la fijación de esta medida”. Tal equiparación era resultado de un acuerdo con los negociadores sociales, sin que viniese impuesta “por un posible derecho a trato retributivo igualitario con el personal funcionario”.

C) Convenios extraestatutarios

Parece aceptarse en términos generales que las cualidades del convenio colectivo como fuente del Derecho no son aplicables a los convenios extraestatutarios, al no tener, según jurisprudencia reiterada, naturaleza normativa. Su singular naturaleza da lugar a numerosos litigios en los que los Tribunales se ven obligados a precisar, caso por caso, los efectos que de él se derivan.

Haciendo una síntesis de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre este tipo de convenios, la **STSJ de Galicia de 16 de febrero de 2004**, I.L. J 842, decidió sobre una reclamación de los causahabientes de un trabajador fallecido y adherido en su momento al convenio. Los litigantes exigían que se les abonara la cantidad indicada en el convenio para los casos de gran invalidez, situación en la que había sido declarado el trabajador durante la vigencia del convenio. El centro asociado de la UNED en Orense, demandado, rechazaba la entrega alegando que las compañías de seguros contactadas se habían negado a suscribir tal póliza. El Tribunal, recordando que los convenios extraestatutarios tienen perfecta cabida en nuestro ordenamiento, rigiéndose “por las normas generales de la contratación del Código Civil”, ordenó el abono de la cantidad pactada. La razón fundamental esgrimida fue una interpretación finalista del artículo que establecía la obligación para el centro asociado, atendiendo al objetivo (el pago de la indemnización) y no al medio (la contratación de una póliza de seguro).

La **STSJ de Cantabria de 7 de enero de 2004**, I.L. J 682, señaló una importante diferencia con los convenios regidos por el Título III del Estatuto de los Trabajadores a la hora de resolver un litigio planteado por una trabajadora que no se había adherido al convenio extraestatutario en el momento de su celebración, sino posteriormente. Dicha trabajadora, en el momento de solicitar su incorporación a dicho régimen convencional, pidió que se le aplicaran las condiciones salariales en él pactadas con retroactividad, reclamando las cantidades extra adeudadas desde el inicio de su vigencia. La Sala recordó que “cuando se firma un convenio colectivo y se establece en el mismo una fecha de efectos, ello conlleva la aplicación desde la misma. (...) Este efecto es propio de los convenios estatutarios, dado su carácter normativo. Pero no es el propio de los convenios extraestatutarios. (...) Al trabajador que se adhiere a un pacto o convenio extraestatutario sólo le es aplicable el mismo desde el momento de la adhesión”.

La sentencia señaló que también que es admisible que el convenio recoja una cláusula que dé efectos retroactivos a su aplicación para los trabajadores adheridos extemporáneamente, pero tal cláusula constituye la excepción frente a la regla general mediante la cual se resolvió el litigio. La Sala señaló también que la adhesión de la trabajadora al convenio no podía ser impedida por la empresa, como había sucedido, basándose en la existencia de un litigio en el que se sostenían pretensiones supuestamente contrarias a lo recogido en el convenio.

Pronunciándose sobre las condiciones de aprobación de un convenio extraestatutario, la **STSJ del País Vasco de 27 de enero de 2004**, I.L. J 831, estudió los efectos que sobre

I. Fuentes del Derecho

dicho pacto tendría la expulsión de quien lo negoció del Sindicato en nombre del cual había tomado parte en su elaboración. El contenido de dicho convenio ya había sido objeto de estudio por una sentencia de la Audiencia Nacional que había declarado su conformidad a Derecho. Tras la firma del acuerdo con la empresa, el negociador había sido expulsado, y determinados afiliados a su sindicato invocaban tal situación para pedir que no se les aplicara el convenio suscrito. La Sala declaró incuestionablemente que “la expulsión del sindicato del Delegado Sindical por causas internas no puede incidir en lo que aquél pactó en el normal ejercicio de sus facultades ni puede afectar a la empresa en cuanto parte del convenio colectivo”.

D) Sucesión de convenios y principio de irregresividad

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de abril de 2004, I.L. J 1138, decidió sobre la reclamación de un trabajador que, declarado en incapacidad permanente total para su profesión habitual, no fue asignado a un nuevo puesto de trabajo, conforme al convenio colectivo aplicable. La controversia se originaba por haberse producido una sucesión de convenios en fecha posterior a la declaración de incapacidad que retrotraía sus efectos a una fecha anterior, con consecuencias perjudiciales para el demandante. En este marco, la Sala se pronunció sobre el importante tema de los derechos adquiridos en estos supuestos de sucesión y de la retroactividad de los convenios regresivos. Como ya viene siendo habitual en los pronunciamientos judiciales, la sentencia negó la existencia de un principio de irregresividad, “que garantice la irreversibilidad de los beneficios sociales ya conquistados”. La ausencia de tal principio se ve compensado por la aplicación del principio de irretroactividad, que garantiza que “la situación adquirida al amparo de una norma derogada debe permanecer pese al cambio normativo”, consecuencia directa de la exigencia de seguridad jurídica, en especial cuando los derechos son de tracto único.

E) Interpretación

En el marco de un litigio sobre la equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios a los efectos de la aplicación del Convenio Colectivo de Volkswagen Navarra, la STSJ de Navarra de 20 de febrero de 2004, I.L. J 1084 efectuó un completo repaso de las reglas de interpretación aplicables en esta materia. “Para llevar a cabo la interpretación general del convenio, las reglas básicas al efecto de interpretación literal y sistemática son similares para la ley y para el contrato, y ambas son aplicables a los convenios colectivos”. Tales reglas son, como es sabido, los artículos 3 y 1281 y siguientes del Código Civil. En el caso comentado, conducen a una equiparación entre ambas situaciones, empleando una interpretación diferente de la literal.

6. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Esta figura, tan característica del Derecho Laboral, da lugar a múltiples pronunciamientos judiciales, no siempre acordes entre ellos. En las sentencias comentadas se ven numerosos matices y precisiones.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2004, I.L. J 676, estudió la reivindicación de determinados trabajadores de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de que les fueran abonadas como horas extraordinarias el tiempo empleado en comer o cenar en el centro de trabajo. El anterior Convenio Colectivo por el que se regían computaba tal tiempo como tiempo de trabajo, mientras que el vigente en el período de reclamación no lo hacía. Los trabajadores invocaban el mantenimiento de la condición más beneficiosa. La Sala, siguiendo la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, recordó que “para apreciar la existencia de una condición más beneficiosa se precisa que la misma se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama a raíz de una voluntad de carácter inequívoco en orden a su concesión por parte del empresario”, pero que dicha voluntad nunca puede derivarse de pactos o convenios colectivos, puesto que éstos “participan de las notas de generalidad y temporalidad”. Si bien durante un tiempo se consideró que todos los derechos conseguidos en la negociación colectiva eran posiciones que ya no podían ser abandonadas, la práctica convencional actual demuestra que el denominado “principio de irrevocabilidad” carece de validez en nuestro ordenamiento.

Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de mayo de 2004, I.L. J 1151, estudió el caso de una empresa minera que concedía a determinados empleados que abandonaran la condición de destajista un complemento salarial denominado “derecho al promedio”. La cuestión discutida era si tal complemento estaba sometido al incremento salarial de un 2 por ciento pactado en el convenio colectivo correspondiente, como había sucedido en algunas ocasiones anteriores. Los trabajadores afectados consideraban tal revisión como una condición más beneficiosa. El Tribunal consideró que, faltando el soporte fáctico necesario, no cabía considerarla como tal, recordando la reiterada doctrina jurisprudencial que afirma que “la mera repetición de ciertos comportamientos de la empresa no da necesariamente nacimiento a una condición más beneficiosa, cuando no revela una voluntad de reconocer un derecho o beneficio a los trabajadores y tan sólo se trata de una simple liberalidad carente de eficacia vinculante”.

En la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 11 de marzo de 2004, I.L. J 1131, se lleva a cabo una importantísima delimitación de la figura, fundamentada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Este pronunciamiento tuvo como marco un litigio entre un ATS/DUE y el Servicio Canario de Salud a propósito del aumento de jornada del trabajador, frente al tiempo de trabajo más reducido que había venido disfrutando durante 23 años. La Sala declaró de forma tajante, y con el soporte indicado, que “el principio de condición más beneficiosa no juega en la esfera de las relaciones jurídico-públicas estatutarias”. La integración del trabajador en una institución cerrada de la Seguridad Social llevó consigo su integración así mismo en los horarios generales del centro, sin que cupiera alegar situaciones anteriores de cualquier tipo.

Otra STSJ de Canarias (Las Palmas) de 11 de marzo, I.L. J 1132, decidió sobre el caso de un trabajador que durante un tiempo cobró simultáneamente un “plus de equiparación” y una “gratificación personal por atención al público”, hasta que la empresa pasó

I. Fuentes del Derecho

a abonarle únicamente el primero, absorbiendo en él la segunda. El trabajador alegó que tal cobro respondía a la existencia de una condición más beneficiosa como justificación de su demanda. La Sala reconoció la existencia de ésta, dada la pervivencia durante dos años del cobro simultáneo y la actitud favorable de la empresa. Sin embargo, la sentencia, atendiendo a los argumentos aportados a la empresa, indicó que “la empresa no ha renunciado ni expresa ni tácitamente a ejercer sus facultades de compensación y absorción empresarial”. Con ello se descartaba la petición *pro futuro* hecha por el trabajador, pero sin dar la razón a la empresa en su negativa al abono de las cantidades adeudadas, puesto que la Sala consideró que no se habían producido alteraciones del marco legal o convencional de fijación de los salarios que pudieran justificar tal absorción y compensación.

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 ser-

vicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local.

e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al

servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías,

Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas.

i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones

locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros.

C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que

dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de

Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2004 de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 673 a 1192) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

– STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2004 (recurso de suplicación 92/2003), I.L. J 782.

1. El demandante ha prestado servicios por cuenta de la demandada como abogado especializado en temas laborales. Iba los viernes a las dependencias de la empresa y recogía la documentación necesaria para las actuaciones judiciales. En las dependencias de la demandada no tenía un lugar propio de ubicación, su retribución se componía de un fijo que se actualizaba anualmente conforme a los incrementos del convenio colectivo, más los gastos por desplazamiento e IVA. Estas cantidades les facturaba el demandante a través de su despacho profesional, sociedad limitada, de la que era administrador. La facturación cursada por el demandante a la demandada no se correspondía con una numeración correlativa. No se acredita que percibiera pagas extraordinarias ni que disfrutara de períodos de vacaciones retribuidas. No estaba dado de alta en el régimen general de la seguridad social.

2. Se estima que existe falta de jurisdicción en el orden social, para decidir sobre la pretensión por despido, porque no concurren las notas propias del contrato de trabajo, según el art. 1.1 del ET. No se ha integrado el demandante en el círculo rector y disciplinario del empresario, esto es, no existe dependencia, que, sin ser necesario que consista en una subordinación absoluta al empleador, implica la inserción del trabajador en el círculo organicista y rector del empresario.

El demandante ha trabajado como abogado en ejercicio, prestando servicios de modo personal, con despacho profesional abierto al público, es administrador de la sociedad limitada y cobra una cantidad fija mensual a modo de “igualda” haciendo pago la demandada, no individualmente al actor, sino a la sociedad de la que éste es administrador, de los honorarios causados por los servicios o intervenciones concretas y actuaciones profesionales llevadas a cabo en defensa de los intereses de la misma, con plena libertad y autonomía por el demandante, o la sociedad aludida, tanto en la forma de llevar a cabo dicha defensa, sin programación exclusiva de tales prestaciones por parte de la empresa, pues el actor tenía autonomía para su función y no existía mecanismo de control y supervisión por la empresa, con el único límite de tener que acudir los viernes al centro empresarial, sin sujeción a horario determinado, para recibir instrucciones e informar,

II. Trabajador

determinando por sí cómo desarrollar su actividad, con libertad para fijar el importe de sus honorarios, variables y distintos en cada ocasión. El actor no ha sido sometido a la disciplina, organización y dirección interna de la empresa.

De todo lo cual se deduce que la relación entre las partes se caracteriza por tratarse de un trabajo de colaboración, o arrendamiento de servicios (arts. 1544 y ss. CC), sin que se trate de un contrato de trabajo. Para poder aplicar la presunción del art. 8 del ET habría hecho falta acreditar la existencia de prestación de servicios por cuenta y dentro del ámbito de organización de otro, que lo recibe a cambio de una retribución a aquél, lo que no ha ocurrido.

3. Se plantea en esta sentencia un difícil problema, cual es el de la diferenciación entre el contrato de trabajo y el de arrendamiento de servicios que, según la doctrina, se reserva casi en exclusiva para los profesionales libres.

Existen dos notas que inducen a compartir la decisión de inexistencia de jurisdicción en los órganos del orden social, cuales son la apariencia de la parte actora, al menos a efectos retributivos, como una sociedad limitada, lo que impediría la obligación personal propia del contrato de trabajo. Y la otra es la libertad del actor para fijar sus propios honorarios, variables y distintos en cada ocasión.

Otros elementos son menos contundentes, tales como que no hubiera sido dado de alta en el RGSS, ni el demandante la hubiera instado, que sólo fuera los viernes al centro empresarial, que no tuviera despacho propio, que las facturaciones a la demandada no tuvieran números correlativos, que no hubiera percibido pagas extraordinarias ni disfrutado de vacaciones. Todo ello porque el régimen de incorporación a la seguridad social puede ser erróneo, ir un solo día al centro de trabajo, que era para recibir instrucciones e informar, porque puede ser suficiente para acreditar la dependencia, y es cada vez más frecuente el sistema de teletrabajo, en especial para algunas profesiones, la falta de correlación en las numeraciones de las facturas porque no es imposible que tuviera una única relación de servicios sociales o civiles o mercantiles, y porque el no haber disfrutado de ciertos derechos laborales, tales como las pagas extras o las vacaciones, no impiden que el vínculo sea laboral, con incumplimientos empresariales. La falta de prueba de sujeción a régimen disciplinario no acredita nada más que no haber producido sanción y, eventualmente, hecho sancionable.

A ello se une la afirmación de que trabajaba de forma autónoma, o sea sin control ni supervisión por parte de la empresa. Pero tal afirmación no parece compatibilizarse con la de que el demandante iba los viernes a recibir instrucciones, y porque incluso en el arrendamiento de servicios, existe un control de lo que hace el que presta la actividad.

Con todo, existe alguna incompatibilidad entre la afirmación relevante, según la cual el actor percibía honorarios variables y distintos en cada ocasión, que él mismo fijaba, y la indicación de que cobraba en sistema “a modo de iguala”, pues son dos afirmaciones con contradicciones no depuradas, que parecen incompatibles. A ello se une que se ha dejado constancia de que el actor percibía una retribución fija con incrementos anuales, según los propios del convenio colectivo.

Se puede deducir, que si iba a recibir instrucciones, siendo un especialista cualificado, y a informar, un día a la semana, y si percibía una especie de “igual”, no discutiéndose que trabajaba para la empresa, se ha de dar plena eficacia al artículo 8-1 ET, en el sentido de presumir que la relación subyacente es un contrato de trabajo, en el que lo más significativo es una anómala forma de retribuir, a un despacho laboral, con estructura de sociedad limitada, por los motivos que fueran, del interés tributario del demandante o de ambas partes, que no puede dejar de reflejar la existencia de las notas constitutivas del contrato de trabajo.

– STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de febrero de 2004 (recurso de suplicación 105/2004), I.L. J 717.

1. Mediante la presente resolución judicial se trata de determinar la posible concurrencia de relación laboral entre la Junta de Castilla y León y algunos de los veterinarios a los que había contratado administrativamente para la ejecución de las campañas de saneamiento ganadero de la Comunidad Autónoma. La sentencia presta gran atención al relato de los hechos probados contenido ya en la decisión judicial recurrida, y que aparece colmado de detalles que constituyen indicios básicos para la calificación de la relación en conflicto. Entre ellos cabe destacar que desde hacía veinte años la Comunidad Autónoma de Castilla y León venía realizando anualmente, a través de la Consejería de Agricultura y Ganadería, campañas de control del ganado de la región. Para ello tal Consejería formalizaba contratos administrativos de servicios de carácter temporal con veterinarios. El objeto de dicho contrato era la ejecución de servicios técnicos-profesionales de carácter veterinario, y el precio se fijaba por unidad de acto clínico realizado con el tope máximo de 36.060. Para acceder a dicho contrato la Administración exigía el título de Licenciado en veterinaria, la disposición de una organización mínima con elementos personales y materiales suficientes para satisfacer la finalidad del contrato, alta en el IAE y en el RETA, así como dedicación exclusiva a la actividad objeto del contrato. Una vez adjudicado el contrato administrativo, la Consejería asumía la dirección de la actividad contratada exigiendo que ésta fuera realizada por equipos compuestos por dos profesionales que llevaban a cabo un número de actos clínicos máximo fijado por ella. A la Consejería correspondía la determinación de las áreas de actuación de los equipos, los formularios a complementar, etc., quedando la ejecución de los trabajos sometida a su control. Todos los medios técnicos y médicos para la realización de los servicios eran facilitados por la Consejería pactando que aquellos que al final de la campaña no hubieran sido utilizados fueran devueltos a la misma. Además, los miembros de cada equipo debían identificarse con la credencial con membrete de la Junta que les había sido asignada. Los veterinarios demandantes habían sido contratados en idénticas condiciones, si bien variando las áreas de actuación, en sucesivas campañas.

2. Todos los hechos detallados más arriba permiten al magistrado ponente fundar la resolución que califica como laboral la prestación de servicios llevada a cabo por los veterinarios demandantes para la Junta de Castilla y León. Así entiende que, pese a que la legislación administrativa aplicable al caso contempla la posibilidad de contratar vete-

II. Trabajador

rinarios a través de la modalidad empleada por la Junta, la cuestión a resolver es si en el caso concreto concurren los presupuestos que determinan la laboralidad de la prestación conforme al art. 1.1 ET. Resulta decisivo en la resolución el hecho de que sea la Consejería la que determine la composición de los equipos de actuación en las campañas y organice en el tiempo y en el espacio su intervención en las mismas. Por otra parte, llama la atención que los medios empleados para la ejecución de la actividad sean los facilitados por la Consejería que, además, ejerce un seguimiento exhaustivo de dicha actividad, que había de realizarse en condiciones de exclusividad. Todo ello muestra la escasa autonomía de los profesionales contratados que desarrollaban su prestación bajo las órdenes de la Consejería, lo que conduce a la aplicación del principio antinominalista vigente en el ámbito laboral que determina la laboralidad de la relación en que concurren los presupuestos del art. 1.1 ET con independencia del instrumento con el que se haya formalizado la misma. El análisis del concreto caso muestra en definitiva cómo la relación además de laboral lo es con carácter de fijo discontinuo ya que la contratación se ha repetido por tiempo determinado a lo largo de años sucesivos.

3. Del relato de los hechos se extrae con facilidad datos suficientes que justifican la solución alcanzada por el TSJ. Se trata de una actividad normal y necesaria en la Comunidad Autónoma de Castilla y León. La Junta se constituye en empleadora en el sentido laboral al emplear fraudulentamente el régimen de contratación administrativa legalmente previsto para supuestos en los que, en contradicción con el presente, existe autonomía e independencia del profesional que realiza la prestación de servicios. El hecho de que en el pliego de condiciones del proceso administrativo se exigiera el cumplimiento del requisito de ser titular de una organización personal y material mínima que garantizaría tal independencia, no excluye que, en la práctica, tal organización requerida para acceder al contrato sea efectivamente sustituida por la de la Consejería correspondiente. El pacto de exclusividad garantiza la presencia de dependencia económica de los demandantes respecto de la Administración Pública que además establece un férreo sistema de control de las prestaciones organizadas conforme a los criterios unilaterales de la Consejería. El hecho de que la Administración posea una vía más para contratar la prestación de servicios profesionales no elimina el deber de contratar laboralmente aquellos otros servicios que *de facto* se realicen en condiciones de dependencia y ajenidad como es el caso.

– STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de julio de 2004 (recurso de suplicación 491/2004), I.L. J 1154.

1. Son hechos probados que la Consejería de Agricultura y Ganadería de Comunidad Autónoma de Castilla y León viene realizando campañas de saneamiento ganadero para lo cual realiza anualmente, conforme a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contratos administrativos de servicios con veterinarios para la prestación de servicios técnico-profesionales en los siguientes términos: la duración de los contratos se extiende hasta la conclusión del trabajo asignado a cada facultativo, sin que pueda exceder del 31 de diciembre de cada año natural, salvo prórroga por mutuo acuerdo; la retribución de cada contrato se determina aplicando precios unitarios por acto clínico con un tope por año y veterinario, realizándose mensualmente liquidaciones parciales; se exige que los contratados sean licenciados en veterinaria, que presten sus servicios con dedicación

exclusiva, que dispongan de una organización con elementos personales y materiales suficientes para el desempeño de las tareas asignadas (a pesar de lo cual los productos de diagnóstico, instrumental, vestuario, equipos informáticos de campo y equipos específicos para las tareas encomendadas son proporcionados por la Administración actora teniendo que serle devueltos los no utilizados), que se encuentren inscritos en el correspondiente colegio profesional y en alta en el Impuesto de Actividades Económicas y en el RETA; los desplazamientos de los veterinarios contratados se realizan a su cargo y en su propio coche; la Consejería determina el calendario, las explotaciones y áreas de actuación, documentación a cumplimentar y demás tareas, y ejerce de manera continuada y directa la inspección y vigilancia del trabajo contratado, si bien no se establece una jornada u horario prefijado; se facilita a los contratados una credencial en forma de tarjeta de identificación personal con el membrete de la Junta de Castilla y León. Por sendas Resoluciones de la TGSS se procedió a formalizar de oficio el alta y baja en el Régimen General de los veterinarios contratados al entender que existía un vínculo laboral. La sentencia del Juzgado de lo social confirma esta naturaleza laboral.

2. El Tribunal rechaza los cuatro motivos aducidos por la Consejería demandante. En primer lugar, no se considera que haya infracción de la Directiva 64/432/CEE, relativa a problemas de policía sanitaria en materia de intercambios intracomunitarios de animales de las especies bovina y porcina, pues se ha de aplicar el RD 2611/1996 que transpone al ordenamiento español aquella norma comunitaria. En segundo lugar, la decisión de la TGSS no infringe la Ley de Contratos para las Administraciones Públicas, dado que entre los requisitos necesarios para la celebración de contratos de servicios se exige “(...) disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato”, cuando consta que los codemandados carecen de ellos. En tercer lugar, tras constatar que la Consejería determina con detalle los términos en los que ha de realizarse la prestación y supervisa su ejecución, el Tribunal concluye que la relación que une a las partes es de carácter laboral y no administrativo, en aplicación del art. 8.1 ET. Y, por último, rechaza la impugnación de la fecha de efectos del alta, remitiéndose al contenido de lo previsto en el art. 60 RD 84/1996.

3. Nada cabe objetar al fallo de la sentencia. Una vez más se pone de manifiesto la irrelevancia del *nomen iuris* en el marco de las relaciones laborales. En este caso, es evidente que la prestación de servicios veterinarios no reunía una de las condiciones exigidas por la Ley de Contratos de las AAPP y que, en cambio, sí se daban todas las notas propias del contrato de trabajo: de forma destacada la dependencia y, sobre todo, la ajenidad. En relación con este punto, se observa que se dan las tres dimensiones de esta nota: ajenidad en los frutos, en el riesgo y, también, en los instrumentos utilizados para la realización del trabajo encomendado, pues pertenecen a la Consejería. Es evidente, así pues, que nos encontramos en el supuesto contemplado en los arts. 1.1 y 8.1 ET, sin que la presunción de laboralidad pueda quedar desvirtuada por la circunstancia de que los trabajadores fueran dados de alta en el IAE y en el RETA.

c) Actividad dependiente

– STSJ de Cataluña de 13 de enero de 2004 (recurso de suplicación 2296/2003), I.L. 766.

1. La sentencia en cuestión trata de dilucidar la existencia o no de vínculo jurídico laboral entre el demandante, D. Benjamín, y la demandada, Endesa, SA. El relato de hechos probados de que parte se caracteriza por su complejidad, sobre todo en orden a la determinación de la entidad receptora de la prestación de servicios del actor. Se considera probado que el demandante acordó verbalmente prestar sus servicios como médico interno para la empresa “Enher” en el centro sanitario de Encoss, empresa que firmó sucesivos convenios con el Instituto Nacional de Previsión para su calificación como Entidad Colaboradora de la Seguridad Social. De este modo D. Benjamín pasó a atender al personal activo y posteriormente al pasivo de la empresa Enher en apoyo al personal de la Seguridad Social que allí prestaban sus servicios. En 1992 se da por terminado el convenio de colaboración entre Enher y el Instituto Nacional de Previsión, ante lo cual la empresa decide continuar atendiendo a su personal activo y pasivo a través de la constitución de una Mutua de previsión social (MUPAR), dotada de personalidad jurídica propia y autofinanciada con las cuotas que los pensionistas de Enher se comprometen a pagar. Ambas entidades firman un convenio por el cual Enher se convierte en socio protector de MUPAR, acordando la cesión del uso de las instalaciones sanitarias de Enher a cambio de un precio. No consta que Enher ejerciera en ningún caso el control efectivo de la Mutua. Al término del convenio pactado por ambas entidades, MUPAR firma sucesivos nuevos convenios con el Real Automóvil Club de Catalunya, y después con la sociedad aseguradora ALLIANZ . A lo largo del tiempo y desde su original pacto verbal, D. Benjamín ha prestado sus servicios médicos en el mismo centro ocupado por las distintas mutuas y sociedades, y a distintos pacientes, procedentes en muchos casos de Enher, tanto personal activo como pensionistas, y también de MUPAR en función de sus convenios con las entidades ya citadas. En su prestación de servicios se da la circunstancia de que el actor ha actuado en todo caso con independencia del personal médico de la empresa Endesa, de quienes nunca ha recibido órdenes ni indicaciones. Además él mismo determinaba su horario y vacaciones a su conveniencia, sin tener que justificar jamás sus ausencias. Por otro lado, el actor tiene consultorio propio emitiendo facturas tanto a sus pacientes particulares como a las entidades que enviaban a sus asociados al centro de Encoss por las visitas realizadas.

2. Ante la confusión derivada del relato de hechos probados el magistrado ponente centra la cuestión a resolver en la determinación de si en la relación mantenida entre las partes en conflicto concurren los presupuestos de laboralidad previstos en el art. 1.1 ET. Así, apoyándose en decisiones jurisprudenciales previas sobre casos similares, entiende que en el supuesto concreto quiebra el requisito de la dependencia, es decir, la relación no se desarrolla dentro del círculo rector y disciplinario del empresario. Los indicios que muestran el camino a esta conclusión son, en primer lugar, el hecho de que el actor realizara su trabajo con independencia del personal sanitario de la empresa demandada, en segundo término, el dato de que fuera el actor quien determinara su propio horario, sus vacaciones, etc., que no tuviera que justificar sus ausencias quedando por tanto fuera del poder disciplinario del presunto empleador, o finalmente, la circunstancia de que fuera titular de su propio consultorio. Todo ello, y con independencia de que la prestación fuera pactada

verbalmente, lleva a considerar la ausencia de los elementos sustanciales para considerar la laboralidad de la misma.

3. En efecto se ha de compartir la solución aportada por la sentencia ya que para determinar quién pudiera ser el empleador, es fundamental resolver si el actor es trabajador. Una cuestión determinante en este sentido es que la prestación de servicios no se realiza en régimen de exclusividad sino que el actor ha venido prestando sus servicios profesionales como médico con autonomía e independencia (eso sí siempre en el mismo centro sanitario) percibiendo a cambio un precio por visita que ha sido retribuido por la entidad a la que estaba asociado cada paciente. Esta falta de exclusividad, junto a los datos destacados por el magistrado ponente en los fundamentos de derecho hace evidente la falta de laboralidad de la prestación de servicios, que debe ser calificada como contrato de arrendamiento de servicios de naturaleza civil.

– STSJ de Navarra de 23 de febrero de 2004 (recurso de suplicación 45/2004), I.L. J 787.

1. Resuelve la presente resolución el recurso de suplicación presentado contra la sentencia emitida por el Juzgado de instancia que desestimaba la solicitud de procedimiento de oficio planteada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Navarra con el fin de declarar la laboralidad de la relación jurídica existente entre Sicesal, SA, como empleadora y D. Pedro Antonio, D. Seraffín y D. Diego, todos ellos comuneros de una comunidad de bienes, como trabajadores. El hecho desencadenante de la actuación de la Inspección es el accidente de trabajo muy grave sufrido por D. Pedro Antonio cuando prestaba sus servicios en la empresa VISCOFAN en virtud del contrato suscrito entre Sicesal, SA y la comunidad de bienes en la que se integraba el accidentado. Dicha comunidad de bienes fue fundada por D. Seraffín y D. Diego mediante documento privado que no fue elevado a escritura pública, posteriormente se incorporó D. Pedro Antonio, dándose de alta todos ellos en el RETA. La comunidad de bienes dispone de un garaje alquilado y de pequeña maquinaria destinada al montaje de estructuras y cubiertas, actividad objeto de la entidad. Su domicilio se encuentra en el de uno de los comuneros. Esta entidad, conforme al relato fáctico expuesto en la sentencia, firma diversos contratos con Sicesal, SA, empresa dedicada a la construcción y a la contratación y subcontratación de obras. Los contratos se han firmado anualmente, para obras concretas, así como para la realización de reparaciones diversas y tareas de mantenimiento. La retribución se pacta por metro cuadrado realizado, viéndose incrementada en el caso de que la obra se realizara fuera de la provincia por los gastos de desplazamiento, dietas, etc. Las cantidades se abonaban a través de letras y previa facturación por la comunidad de bienes. En la prestación de sus servicios para Sicesal, SA, la única orden recibida por los integrantes de la comunidad era la que determinaba el trabajo a realizar, el tiempo en que tenía que ser terminado y la eventual necesidad de más mano de obra. Por otra parte, se da la circunstancia de que los medios materiales para ejecutar dicho trabajo eran facilitados por la empresa contratista. A lo largo de los tres últimos años, la comunidad de bienes ha prestado sus servicios únicamente en obras de Sicesal, SA.

II. Trabajador

2. Tras desestimar los motivos del recurso que requerían la incorporación de nuevos hechos probados, el Tribunal centra la cuestión en el análisis de la posible infracción de los arts. 1 ET y 1544 CC, es decir, en vislumbrar la imprecisa línea que separa el contrato de trabajo del de arrendamiento de servicios civil. La clave para alcanzar una solución es determinar si los servicios se prestan en el círculo rector y disciplinario del empresario, por lo tanto en régimen de dependencia. Determinados indicios conducen al Tribunal a declarar la ausencia de laboralidad en la relación que unía a los miembros de la comunidad de bienes y la sociedad Sicesal, entre ellos el hecho de que se haya acreditado la existencia de una estructura organizativa empresarial de los trabajadores, que ésta sea dada de alta en el RETA (sic), y posea su propia licencia fiscal y contabilidad llevada por una Asesoría. Igualmente ha sido determinante la remuneración del trabajo prestado por unidad de obra, así como la naturaleza del trabajo prestado, de carácter discontinuo, sin quedar ajustado a jornada ni horario, ni quedar acreditado que los trabajadores estuvieran sujetos al poder disciplinario de la entidad contratista.

3. La resolución resulta confusa y por ello criticable no tanto en la solución sino en el planteamiento del caso, ya que no ha tomado en cuenta datos relevantes como el hecho de que los trabajadores se hayan asociado adoptando la forma jurídica de la comunidad de bienes, regulada en los arts. 392 y siguientes CC y caracterizada por no poseer personalidad jurídica propia. Ello supone que el contrato que une a Sicesal y a la comunidad de bienes en realidad une a la primera con cada uno de los comuneros quienes asumen realmente las obligaciones derivadas del contrato. Una vez aceptada esta precisión, lo fundamental es analizar la concurrencia de los presupuestos de laboralidad en la relación. En este punto el Tribunal ha considerado que la clave estaba en la dependencia, que, a mi juicio, existe dadas las condiciones de exclusividad en que se realizaron los trabajos, y sin embargo entiendo esencial el análisis de la concurrencia de ajenidad, cuestión esta de difícil solución ante la falta de datos suficientes referidos a la distribución de las ganancias entre los comuneros o la asunción de riesgos por los mismos.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

– STSJ del País Vasco de 3 de febrero de 2004 (recurso de suplicación), I.L. J 852.

1. El trabajador y el empresario suscribieron contrato común de trabajo el 1 de mayo de 1974 y el 31 de diciembre de 1999 concertaron contrato de personal de alta dirección. Se expresaba en éste que el trabajador, una vez extinguida la relación, no podría ejercer, directa o indirectamente, la actividad relacionada con la de la empresa, si bien se dejaba a ésta libertad para que, llegado el momento del extinción, pudiera exigir el pacto o no y, de hacerlo, debía poner a su disposición una indemnización de una anualidad de su retribución. También se pactó que si cualquiera de ambas partes rescindía unilateralmente el contrato durante los primeros cinco años de vigencia, debería indemnizar a la otra

con 50 millones de pesetas si lo hacía el empresario, y con una anualidad de salario si rescindía el trabajador, debiendo preavisarse mutuamente con tres meses de antelación y si se incumplía este plazo se abonaría una indemnización equivalente al salario de un día por cada día incumplido.

El trabajador preavisó su cese el 28 de junio de 2002, con efectos de 12 de julio de 2002 y consta en alta en otra empresa de la competencia desde el día siguiente a su cese. La empresa le comunicó que aplicaba el pacto de no concurrencia, compensando la indemnización de una anualidad de su salario con la que le correspondía por su cese antes de vencer los cinco. La empresa está autorizada desde 18 de febrero de 2003 para extinguir los contratos de trabajo de los 60 trabajadores de su plantilla.

2. Se estima válida la cláusula por la que el empresario pudiera exigir o no el cumplimiento del pacto de no concurrencia, llegado el momento de extinción, y estima que no es obstáculo para ello que quede en manos del empresario la determinación de su aplicación, al no contravenir el art. 1156 CC, pues su finalidad es proteger el interés profesional o comercial de la empresa, y no es fácil de determinar con tanta antelación, y menos aún si su valoración compensa o no la contraprestación económica pactada.

El empresario no ejercitó esa facultad antes de que el contrato se extinguiera, debiendo estimarse su silencio como opción por no exigir su cumplimiento, por lo que es ineficaz que cuatro días más tarde comunicara al trabajador su elección a favor del cumplimiento del pacto, especialmente si ya se había producido entonces la situación de concurrencia.

La falta de prueba de los daños y perjuicios sufridos por la empresa a consecuencia del incumplimiento del pacto de no concurrencia, no se puede compensar con la indemnización que correspondería al trabajador por el mismo pacto. Tampoco es compensable con la indemnización que debería haber abonado el trabajador a la empresa, de una anualidad del salario, por haber rescindido el contrato antes de cumplirse los cinco años pactados, pues esta estipulación es nula, dado que se trata de un pacto de permanencia por cinco años, sin vinculación a causa alguna, pacto que es lícito sólo en el caso de que el trabajador haya recibido del empresario, a consecuencia del contrato y durante un determinado período de tiempo, una especialización profesional. No es válida la obligación del trabajador de indemnizar al empresario con una anualidad del salario por el mero hecho de que aquél voluntariamente extinga el contrato sin preaviso. En todo para poder exigir el deber de permanencia debería de haberse recibido del empresario una especialización durante el contrato de alta dirección, lo que no ha tenido lugar.

3. El pacto de no concurrencia poscontractual se puede concertar (art. 21.2 ET) durante todo el tiempo de duración del contrato e, incluso, en el momento de su extinción, pero no después, porque entonces ya no se es trabajador. De ahí que la solución que ofrece la sentencia, que deja en libertad al empresario para que pudiera exigir dicho pacto o no en el momento de la extinción, es correcta en cuanto al elemento temporal, pero no

II. Trabajador

lo es en cuanto se trata de un pacto bilateral, con contraprestaciones recíprocas, sin que se pueda presumir que el trabajador mantiene su disponibilidad también en el momento extintivo, o sea, su oferta de abstención laboral. Lo correcto hubiera sido dejar a las partes que concertaran en dicho momento la no concurrencia posterior, pero no una sola de las partes.

Es correcto negar la compensación de la pretendida indemnización por no cumplimiento de la obligación contractual de no concurrencia con la hipotética obligación de indemnizar por el ex trabajador al empresario a causa del incumplimiento de un pacto de permanencia de cinco años, porque, pese a haberse suscrito, no se acomoda a las exigencias del art. 21.4 ET, en concreto excede de dos años y no acredita el empresario haber ofrecido al trabajador de alta dirección especialización profesional.

Del mismo modo es correcta la declaración general de nulidad de la cláusula de abono por el trabajador de una anualidad del importe de lo que fue su salario porque contradice por exceso el contenido del art. 49.1.d) ET, aprobado por RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo

– STSJ de Galicia de 26 de enero de 2004 (recurso de suplicación 6463/2003), I.L. J 808.

1. El demandante venía prestando servicios, desde agosto de 1997, para dos sociedades mercantiles como coordinador de un suplemento de motor, primero, y como jefe de redacción del referido suplemento. Percibía últimamente un salario de 14.064,92 euros, de los cuales 10.326,76 euros debían ser abonados por XXX mientras que 3.738,16 euros lo eran por ZZZ. Desde el inicio de su relación contractual el actor suscribía contratos semestrales con XXX denominados de comisión mercantil, en los que el actor se comprometía a promocionar la captación de publicidad para el grupo de empresas de la entidad. En la cláusula cuarta de los últimos contratos suscritos se dice que el comisionista colaborará puntualmente en la concesión de suplementos para la publicación conjunta en las ediciones del grupo, cuya retribución será de 25.000 pesetas por cada suplemento conjunto. En la cláusula anterior se fijaba una retribución conforme a las siguientes comisiones: 20% por publicidad directa y 10% por publicidad indirecta. Los contratos concluían con la siguiente referencia: “el presente contrato tiene naturaleza mercantil y en lo no previsto en sus cláusulas se regirá con carácter supletorio por las disposiciones del Código de Comercio, ya que se trata de una de las actividades descritas en el apartado 3, letra f), del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores”. En cumplimiento de tales previsiones, el actor presentaba facturas con el desglose de la publicidad conseguida, así como por el importe de la realización de los suplementos de motor, habiendo causado alta en el Impuesto de Actividades Económicas el día 1 de octubre de 1999.

En la empresa ZZZ, el actor desarrollaba sus funciones de periodista especialista en el mundo del motor acudiendo a la sede del periódico para realizar las crónicas y artículos correspondientes dentro del suplemento de motor. No sólo utilizaba mesa, sino las insta-

laciones del periódico, fax, teléfono, ordenadores, para así poder configurar las páginas con la inserción de las fotografías correspondientes, bien realizadas por algún fotógrafo de ZZZ al acudir a alguna presentación de coches, o bien utilizando algunas de archivo, que se encontraban en el archivo informático común a ZZZ y XXX. Por último, los lunes de cada semana el actor remitía a los dos periódicos el suplemento redactado, bien en soporte disquete o bien en CD-ROM. Como los restantes trabajadores de las empresas demandadas, el actor necesitaba de un código facilitado por la empresa para poder llamar por teléfono desde la redacción y, del mismo modo, disfrutaba de una cuenta de correo electrónico. El actor, periodista deportivo especialista en el mundo del motor, acudía a presentaciones de coches, en donde él mismo los probaba para luego realizar la correspondiente crónica. Para esto, los desplazamientos y dietas para acudir al lugar respectivo de presentación eran satisfechas por las propias marcas; su nombre aparecía en las manchetras del suplemento del motor que se publicaba tanto en ZZZ como en XXX, así como en las manchetras de ambos periódicos, últimamente junto con su dirección de correo electrónico proporcionada por el periódico.

A partir de abril de 2001, el actor pasó a ser Jefe de Redacción y a depender directamente de quien hacía las veces de redactor y coordinador de XXX, debiendo consultar y comentar con él los contenidos del suplemento de motor. En algunas ocasiones, el redactor jefe modificó los contenidos del suplemento remitidos por el actor. Por encargo de aquél, el actor realizaba otras noticias relacionadas con el mundo del motor, Rallyes, Salones del Automóvil, así como otras informaciones que se incardinaban en las páginas de deportes de los periódicos.

El Director Comercial del Grupo comunicó verbalmente al actor su despido, exigiendo el actor que se le notificara dicha decisión por escrito, sin que se haya acreditado que esto se produjere. Las dos empresas demandadas comunicaron a las marcas comerciales de automóviles el día 1 de julio de 2003 que desde esta fecha el actor había dejado de colaborar con sus diarios. Presentada la correspondiente demanda, el Juzgado la estimó y declaró improcedente el despido condenando a las codemandadas a readmitirlo o indemnizarle con la cantidad de 10.138,20 euros más los salarios de tramitación.

2. Interpuesto recurso de suplicación, la Sala lo desestima, rechazando la incompetencia de jurisdicción interesada y confirmando en todos sus términos la sentencia de instancia, recordando los hechos probados —que no requieren las modificaciones interesadas en el recurso— y razona que “(...) tal como hemos recordado en anteriores ocasiones (así, las SS de 18 de marzo de 1993, 15 de febrero de 1995, 14 de febrero de 1996, 25 de enero de 1999 y 5 de febrero de 1999) es ciertamente a quien alega la existencia de contrato de trabajo al que incumbe demostrar la existencia del mismo (SSTS de 23 de enero de 1990 y 5 de marzo de 1990); y esta carga probatoria ni siquiera llega a ser atenuada por el art. 8.1 ET, dado que el precepto ni siquiera contiene propiamente una presunción *iuris tantum* de laboralidad, al modo de la que contenía el art. 3 LCT, sino más bien una definición de la relación laboral (doctrinalmente se la califica como una “redefinición” del contrato de trabajo), de manera que para que actúe la indicada “presunción” del

II. Trabajador

art. 8.1 ET es preciso que la actividad se preste ‘dentro del ámbito de organización y dirección del otro’ y que el servicio se haga ‘a cambio de una retribución’ (SSTS de 23 de enero de 1990, 23 de enero de 1990, 5 de marzo de 1990, 23 de abril de 1990 y 21 de septiembre de 1990 o, lo que es igual, la operatividad de la presunción impone el acreditamiento de la prestación de servicios bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla (SSTS de 23 de octubre de 1989 y 25 de marzo de 1991), que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el art. 1 del ET (SSTS 7 de junio de 1989, 13 de noviembre de 1989, 5 de marzo de 1990, 4 y 6 de junio de 1990, 30 de noviembre de 1990, 27 de mayo de 1992, 25 de mayo de 1993, 29 de septiembre de 1993, etc.), la dependencia que constituye la nota distintiva y angular de la relación laboral (STS de 14 de mayo de 1990) y que no ha de ser entendida como una subordinación absoluta, sino más bien como obediencia a las órdenes e instrucciones del empresario para la ejecución del contrato, en términos que van más allá del cumplimiento propio de toda obligación (SSTS de 13 de noviembre de 1989 y 29 de mayo de 1990 o como el sometimiento a la esfera organicista, rectora y disciplinaria (STS de 23 de octubre de 1989))”.

Añade la Sala que, también en el contexto más correcto de las relaciones de mediación, con carácter genérico se ha indicado que la diferenciación entre el contrato de agencia regido por la Ley 12/1992 y la relación laboral especial de los mediadores mercantiles regulada por el RD 1438/1985 también radica esencialmente –STS de 2 de julio de 1996– “en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, con consecuencias eliminadoras de la laboralidad, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuar”. La STS de 17 de abril de 2000 se hace eco de la STS de 2 de julio de 1996 citada y reitera su doctrina, argumentando que no siendo determinante de la laboralidad el responder del buen fin de las operaciones (a partir del art. 1 del la Ley 12/1992) u otros factores, existe “la necesidad de encontrar otro dato de diferenciación que la Ley lo establece, atendiendo al criterio de la dependencia, entendiéndose que existe esa vinculación, si quien realiza estas funciones de mediación no puede organizar su actividad profesional, y el tiempo dedicado a la misma conforme a sus criterios y tiene que seguir las instrucciones de la empresa”. Esta doctrina es la seguida por la sentencia combatida y por esta Sala, pues como ha señalado la STS de 2 de julio de 1996, “la delimitación del ámbito de la relación laboral especial prevista por el art. 2.1.f) del Estatuto de los Trabajadores, desarrollada por el Real Decreto 1438/1985 y sus fronteras, con la que se genera por el contrato de agencia, regulado por Ley 12/1992, ha de efectuarse actualmente teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 de diciembre de 1986, determina en términos imperativos esta última Ley”.

Aplicando este extenso recordatorio jurisprudencial, la Sala entiende que la naturaleza laboral de la relación es incuestionable a la vista de los hechos probados, expresiva de

la realidad de una prestación de servicios retribuida realizada por cuenta y bajo dependencia de las demandadas (trabajo para, en y con medios de la empresa, sin autonomía esencial al efecto...). La inserción cierta del demandante en el ámbito organicista y rector de las empresas al margen de que como jefe de redacción tuviera cierta autonomía; de que no tuviera horario fijo o riguroso, aspecto inesencial en este contexto profesional y a los efectos presentes, como ya razona la sentencia recurrida y que así ha sido considerado jurisprudencialmente (SSTS de 29 de diciembre de 1999 y 25 de enero de 2000), al decir que una amplia libertad de horarios no desvirtúa la existencia del requisito de la dependencia; y del modo de retribución, en todo caso, existente a cargo de ambas empresas y al margen de su forma según los contratos suscritos y en lo esencial también incardinable en una relación laboral de conformidad con los arts. 1.1 y 26 del ET. A partir de todo ello carecen de trascendencia jurídica valorable los contratos suscritos, la afiliación del trabajador al RETA y su alta en el IAE que constan desde 1999 y como colaborador gráfico, y/o las demás argumentaciones que al respecto se hacen en el recurso. Por tanto, si los servicios del profesional se prestan en régimen de dependencia se estará en presencia, con independencia del *nomen iuris* elegido por las partes, de un contrato de trabajo. En definitiva, los contratos suscritos, al margen de su denominación, son lo que son conforme a la calificación jurídica procedente, siendo lo decisivo no aquella denominación o sus pactos accesorios, sino la actividad pactada en sí misma y la forma en que se desarrolla la prestación de servicios. En autos, si bien los contratos que fueron suscritos se denominaban de comisión mercantil y tenían la forma de expresar actividad, retribución que se dejó dicha, lo cierto es que la actividad prestada a raíz de ellos fue la expresada, calificable de laboral por ser realizada con las notas propias de ésta, de manera que la apariencia formal contractual ha quedado desvirtuada en el indicado sentido. Tampoco incide, como ya se dijo, que en cumplimiento de los contratos el demandante se afiliara al RETA, causase alta en el IAE y presentase facturas con la publicidad conseguida, o esta propia actividad, al tratarse de aspectos inesenciales o complementarios dentro del contexto de relación ya expuesto y/o consecuencia de exigencias de la misma o del empresario que resultan inaptas para calificar la relación o vincular jurídicamente al trabajador como se pretende en el recurso. Como se argumenta en la sentencia recurrida, es lógico entender que el actor no tuviera horario riguroso, al igual que sus demás compañeros, como quiera que debía atender al lugar de la noticia y que eran los lugares donde los coches se presentaban, sin duda ayudados por las dietas y los viajes a cargo de las casas comerciales de coches. De igual modo, no desvirtúa la relación jurídica del periodista con la empresa correspondiente, el hecho de que entre sus labores se buscaran anunciantes para el periódico; anunciantes específicos del mundo del motor, para ser anunciados en el suplemento.

3. La tesis a que llega la Sala hay que considerarla correcta a la vista de los hechos probados, acreditando una vez más que este tipo de pleitos se resuelve siempre en atención a los detalles concurrentes. Pero la conclusión más interesante es otra, y es que las tres circunstancias acreditadas normalmente para defender la existencia de relación civil arrendaticia contra la laboral, no suelen prosperar nunca de no ser que vayan acompañadas de otros datos o características de mayor calado; son tales circunstancias la facturación con

IVA, el alta en el régimen especial de trabajadores autónomos y el alta en el impuesto de actividades económicas.

D) Otros

– STSJ de Extremadura de 10 de febrero de 2004 (recurso de suplicación 32/2004), I.L. J 837.

1. El actor comenzó a prestar servicios en 1989 a un Ayuntamiento, sucediéndose diversos contratos temporales hasta finales de 1993. Extinguido el último contrato, el actor continuó prestando servicios para el Ayuntamiento, siendo ahora retribuido a través de certificaciones expedidas por aquél, a las que aplicaba el IVA correspondiente y retención del IRPF como profesional liberal, al estar de alta en el IAE, si bien las funciones que desempeñaba a partir de dicho momento eran las mismas que venía desempeñando con anterioridad, las propias de un técnico del Departamento de Urbanismo: la elaboración de proyectos de obra, dirección de la ejecución de las mismas, elaboración de informes, dictámenes, memorias, actas y certificados solicitados al Ayuntamiento, etc. Para su realización utilizaba las oficinas públicas, los martes y jueves de 9 a 15 horas, percibiendo una retribución diaria por todos los conceptos de 60,10 euros. Otros proyectos destinados al Ayuntamiento, que realiza una empresa de la que el actor era socio, los elaboraba en las dependencias de dicha empresa, al carecer el Ayuntamiento de los medios técnicos necesarios.

Con la entrada de una nueva Corporación, al actor se le comunicó el cese en el servicio, siendo luego sustituido por otra persona encargada del Departamento de Urbanismo y control de obras municipales, etc., contratada a jornada completa, y con la categoría de Arquitecto Superior. Habiendo demandado por despido improcedente, el Juzgado estimó parcialmente la demanda condenando al Ayuntamiento a readmitir o indemnizar con la cantidad de 38.313,75 sin salarios de tramitación por haber renunciado la parte expresamente a los mismos.

2. Recurrió el Ayuntamiento en suplicación, argumentando que entre las partes existía relación civil y no laboral. En su sentencia, siguiendo a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se argumenta que “es reiterada la jurisprudencia de esta Sala que declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorgan a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan (...) y que la dependencia –entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa–, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato” “(...) si bien el requisito de dependencia no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía (...)” A partir de este recordatorio, añade la Sala *ad quem* que, en cuanto a la dependencia, en cada contrato de trabajo este presupuesto posee una mayor o menor gradación, según las características de la actividad que se realice y el puesto de trabajo que se ocupe, de tal forma que habrá una mayor dependencia en el contrato de embarco en la marina mercante o en el contrato de un peón que en el contrato a

domicilio o en el contrato de un trabajador altamente cualificado –ingenieros, médicos o abogado– o directivo. Por su parte, la ajenidad significa que la retribución se encuentra garantizada, con independencia de los beneficios o pérdidas del empresario, esto es, con independencia de los riesgos empresariales, de tal forma que el trabajador percibiría su retribución en cualquier caso sin quedar afectado por el riesgo de pérdidas o mayor onerosidad en la ejecución de la prestación, pues el trabajador cumple con la mera puesta a disposición ya que se trata de una obligación de medio y no de resultado.

Ahora bien, la calificación de la relación como laboral se hace en ocasiones difícil debido a dos razones distintas y conectadas entre sí: a) por la existencia de contratos afines al contrato de trabajo, con perfiles igualmente difusos; b) por la presencia frecuente de una interesada voluntad simuladora en las partes contratadas. En relación con la primera de las razones hay que tener en cuenta que existen dificultades para delimitar el contrato de trabajo de otros contratos arrendaticios (tales como el contrato de arrendamiento de servicios), donde también se intercambian trabajo y remuneración o retribución, aunque no trabajo dependiente y retribución garantizada, no marcando límites claros en el contrato de trabajo. Tal dificultad se aborda legal y jurisprudencialmente mediante dos criterios: a) en primer lugar acudiendo a la presunción de laboralidad del art. 8 del Estatuto de los Trabajadores, de tal forma que, en principio, resulta irrelevante la calificación jurídica pues la naturaleza es la que resulta de su contenido y por tanto, en caso de duda, se presumirá que el contrato es de trabajo, trasladando la carga de la prueba procesal al empresario demandado; b) acudiendo al sistema de indicios, buscando en el supuesto de hecho la existencia de los elementos esenciales del contrato (dependencia y ajenidad) o de sus contrarios (independencia y asunción de riesgos), y para ello se recurrirá a los indicios o signos de exteriorización de los mismos. En esta línea la jurisprudencia ha destacado como indicios de dependencia, entre otros, los siguientes: a) el desempeño formal de la pretensión de servicios, sin posibilidad de sustitución –Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1989–; b) el sometimiento a jornada y a un horario –Sentencia del extinguido Tribunal Central de Trabajo de 23 de diciembre de 1986–; c) la asiduidad en el trabajo, esto es, la asistencia al trabajo todos los días laborables –Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de 1987–; d) la exclusividad en el trabajo, si bien la jurisprudencia admite la presencia de un contrato de trabajo en casos de pluriempleo; e) la inserción en la organización empresarial y la ausencia de una organización empresarial autónoma por parte del trabajador –Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1988–; f) la asistencia a un centro de trabajo, Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de febrero de 1986, etc. Asimismo, y como indicios de la ajenidad, ha destacado el Alto Tribunal, entre otros: a) la no aportación de los medios o instrumentos de trabajo (materias primas, herramientas, maquinaria, vehículos de transportes, instalaciones, etc.); b) la aportación empresarial del producto elaborado por el trabajador; c) la existencia de una contraprestación económica al trabajo, cuya cuantía, comparada con la de los salarios de los trabajadores de la misma localidad, y categoría, no envuelve un lucro o beneficio especial, sino que resulta equivalente a la de aquéllos –Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1984–; d) el carácter fijo o periódico de la remuneración percibida –Sentencia del Tribunal Central de Trabajo

II. Trabajador

de 23 de diciembre de 1986–, etc. Por último, y en relación con lo expuesto, conviene destacar que, a propósito de la difícil tarea de separar el contrato de trabajo de la pretensión propia del contrato de arrendamiento de servicio, la jurisprudencia ha dictado como dato relevante el análisis y la forma en que se produce la remuneración (control de ajenidad); de tal forma que si la cantidad percibida es a cuenta de aquel asunto en que se ha intervenido, la figura contractual puede ser un arrendamiento de servicios –Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1990– y si se hace en atención a un parámetro fijo, es más lógico pensar en una relación laboral, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1990.

A partir de este amplio e ilustrado razonamiento la Sala desestima el recurso pues, sopesando todas las circunstancias que constan en los hechos probados, es claro que entre las partes existía relación laboral, al darse las dos fundamentales características exigibles, la dependencia y la ajenidad, la primera, porque el demandante estaba inserto en el ámbito de organización y dirección del demandado, al figurar como el Arquitecto Técnico Municipal, estar sometido a un horario, disfrutar de vacaciones, recibir órdenes del Ayuntamiento para la realización de su trabajo y, en fin, tener a su cargo otros dos empleados municipales, lo que determina una subordinación incompatible con un arrendamiento de servicios que, como señaló el Tribunal Supremo en la ya mencionada Sentencia de 22 de abril de 1996, la naturaleza civil comporta, en sí misma, una libertad de actuación profesional por parte del arrendatario. Y la segunda porque los frutos de su trabajo los hacía suyos el demandado que los retribuía no según el resultado de esa actividad, sino mediante una cantidad periódica fija.

Completa la Sala el argumento añadiendo que las características que determinan la existencia de contrato de trabajo no se desvirtúan en este caso por esas otras que podrían ser indicios del contrato civil, como el cobro por medio de facturas de honorarios con IVA, la realización de los proyectos en su estudio por el demandante o su alta en el RETA; lo primero y lo último, porque es claro que la forma de documentar el pago de la retribución o el régimen de la Seguridad Social en que figure un trabajador no determina la naturaleza de la relación, sino al contrario, es esa naturaleza la que determina las otras circunstancias; lo segundo porque no consta la posibilidad de sustitución, es decir, que el trabajo pudiera hacerse por otro o con la ayuda de otros a que se alude en el recurso y porque ese trabajo en su estudio obedecía a unos motivos del todo razonables, la falta de medios para llevar a cabo esos concretos trabajos, que, además no consta que fueran parte principal de la prestación, ya que hemos visto que se le ordenaban muchos más, y son reflejo del sentido amplio que se da a la dependencia sobre todo en las profesiones que exigen, como la del demandante, gran cualificación, en las que muchas veces hay que llevar a cabo fuera del centro y del tiempo de trabajo propiamente dichos, tareas imprescindibles para la eficaz prestación del servicio. Tampoco se desvirtúa la relación laboral porque el demandante no prestara servicios de forma exclusiva para el demandado, pues ya hemos visto que no es imprescindible ya que existen muchos casos de pluriempleo y que haya habido épocas en que el actor prestaba servicios para otros Ayuntamientos a media jornada tampoco impide que lo hiciera para el demandado, puesto que es posible hacerlo incluso para más de dos empleadores, pues media jornada no significa medio día, sino la mitad de la que se considera ordinaria de cuarenta horas semanales; en todo caso,

que el actor cumpliera o no su obligación horaria no es cuestión que aquí interese ni que añada o quite nada para la calificación de la relación que se enjuicia. En todo caso, también se daba esa prestación de servicios para dos Ayuntamientos cuando entre las partes se habían suscrito contratos de trabajo.

Por otro lado, no cabe mayor indicio de la existencia de contrato de trabajo que el dato de que, hasta 1993, el actor prestó sus servicios en virtud de tal figura pues suscribió diversos y sucesivos contratos de esa naturaleza con el demandado y que después, al concluir el plazo por el que se concertó el último, siguió prestando los mismos servicios y en la misma forma, sin que concurriera circunstancia alguna que justifique que deba entenderse que a partir de entonces lo que se producía era un arrendamiento de servicios.

3. Como en el supuesto anterior, la tesis de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia es irreprochable a la vista de los hechos probados. Con todo, es visible en su fundamentación jurídica una mayor atención a las conclusiones generales y tradicionales de la jurisprudencia social que al análisis específico del supuesto de hecho.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

E) Trabajos familiares

– STSJ de Castilla y León (Burgos) de 13 de abril de 2004 (recurso de suplicación 148/2004), I.L. J 1118.

1. Se declara probado que la demandante prestó sus servicios para el empresario demandado desde el 1 de mayo de 2003 con la categoría profesional de camarera y un salario mensual bruto de 903,93 euros, no obstante lo cual las partes no llegaron a celebrar nunca un contrato de trabajo escrito, ni el empresario llegó a dar de alta a la actora en la Seguridad Social. De forma más concreta, consta también que la demandante era quien se encargaba de realizar los pedidos y de efectuar los pagos, así como la persona que habitualmente se encontraba en el establecimiento para atender a los clientes, razón por la cual su horario de trabajo coincidía con el de apertura del local; en cambio, no se encargaba de los pagos a proveedores, ni disponía del dinero de la caja del negocio, tareas que realizaba exclusivamente el demandado, quien además era titular exclusivo del contrato de arrendamiento del local en el que se ubicaba dicho negocio. Se prueba igualmente que demandante y demandado habían mantenido una relación sentimental y de convivencia no matrimonial durante diez años, fruto de la cual nació una niña en 1996, que se quebró por separación en octubre de 2003. Durante ese tiempo de relación ambas partes convivieron en una vivienda propiedad del demandado, a pesar de que la actora figuraba empadronada en una localidad distinta que le permitía disfrutar de un Ingreso Mínimo de Inserción concedido por la Diputación Foral de Bizkaia. Ante la imposibilidad de realizar su prestación de servicios por haber contratado el empresario a otra trabajadora para ese puesto, la afectada

II. Trabajador

interpone una demanda por reclamación de cantidad en concepto de salarios adeudados que fue estimada parcialmente y da lugar a la interposición de un recurso de suplicación que aquí se resuelve.

2. Tras rechazar la revisión de algunos de los hechos probados pretendida por el demandado, el Tribunal se enfrenta a la cuestión de fondo: si se ha producido o no infracción por no aplicación del art. 1.3.e) ET como consecuencia de la convivencia que existió entre las partes durante el tiempo en el que la demandante prestó sus servicios para el empresario demandado. La argumentación del Tribunal se basa en la diferenciación de los efectos jurídicos que este tipo de situaciones producen en dos planos, el civil y el socio-laboral. En relación con aquél, se recuerda una reiterada jurisprudencia del orden civil, según la cual, no se pueden equiparar los efectos legales de una relación matrimonial a los supuestos de convivencia *more uxorio* (STS de 17 de enero de 2003, Sala Primera), si bien ello no significa que tal situación (de hecho) no pueda generar efectos jurídicos para evitar, en concreto, que la parte más débil de la relación quede perjudicada por la ruptura de la convivencia. De aquí se deduce que no se puede extrapolar sin más al supuesto enjuiciado las previsiones recogidas en los arts. 1.3.e) ET y 7.2 LGSS (RCL 1994, 1825) en relación con los familiares (cónyuge, ascendientes, descendientes, ...) del empresario, siendo así que en este caso no existe ningún vínculo familiar. A mayor abundamiento, el Tribunal puntualiza que ambos preceptos sólo contienen una presunción *iuris tantum* de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera (STS de 25 de noviembre de 1997, Sala Cuarta), y que tras repasar los hechos declarados probados es forzoso llegar a la acertada conclusión de que ha existido una relación laboral entre las partes, a todos los efectos del art. 1.1 ET, al darse los requisitos de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución. Se confirma, pues, la sentencia.

3. El razonamiento y la conclusión alcanzada por el Tribunal son correctos. La sentencia es interesante por ocuparse de dos cuestiones distintas aunque estrechamente relacionadas en este caso. Por un lado, se pone de manifiesto que no cabe la equiparación de los supuestos de convivencia fuera del matrimonio con el vínculo formal matrimonial a efectos sociolaborales. Y, por otro, se insiste en que en cualquier caso en el presente supuesto no se dan las circunstancias necesarias para la aplicación de los arts. 1.3.e) ET y 7.2 ET porque las presunciones allí contenidas quedan desvirtuadas por los hechos que ponen de manifiesto la existencia de una relación laboral.

4. ZONAS GRISES

C) Autónomos

– STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2004 (recurso de suplicación), I.L. J 793.

1. El demandante figura inscrito en alta en el RETA desde 1996, en la actividad de pintura, después de haber estado en alta en el régimen general durante ocho meses. Figura asimismo en alta en la licencia fiscal, con una facturación media mensual de 480.000 a 550.000 pesetas, en función de los servicios prestados y de los montajes efectuados. La

retribución percibida por el demandante es variable, según el trabajo efectuado, por haberse establecido un precio por metro cuadrado realizado. Presta también servicios a otras empresas, cuando la demandada no tenía trabajo que ofrecerle, siendo esta misma la que le ha encontrado trabajo para otras empresas que necesitaban un oficial. El técnico de organización de la empresa era quien indicaba al actor las fechas de entrega de los trabajos encomendados. La demandada ponía a disposición del demandante a un peón y un oficial de segunda, con los que formaba equipo, y le ha comunicado en el año 2003 que no tenía más trabajo para él.

2. Se declara la falta de jurisdicción del orden social con base en que el actor ha venido trabajando habitualmente desde hace más de cinco años, en régimen de autónomos y en alta en licencia fiscal. Se estima relevante fundamentalmente, para diferenciar el contrato de trabajo del contrato de arrendamiento de servicios, la integración en la empresa, de modo que en el contrato de trabajo se produce la actividad dentro del ámbito de organización y dirección de quien paga los salarios. Es decisivo el dato de la integración o no en el círculo rector empresarial. La dependencia se acredita si el interesado se encuentra dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sometido a la disciplina organizativa de la empresa y sujeto a las órdenes e instrucciones del empleador. Son indicios de la misma la recepción de órdenes sobre el tiempo y lugar del trabajo, la fijación de la cantidad de trabajo, su calidad y plazos de ejecución, la remuneración por tiempo, y la prestación de servicios en exclusividad.

Dado que el demandante se encontraba en alta en el RETA, desde 1 de enero de 1996 se estima que ello constituye elemento indiciario de la no laboralidad, pues fue admitida por el demandante durante los siete años de relación con la demandada, habida cuenta de que el demandante no justifica debidamente la existencia de los presupuestos laborales de su relación jurídica, en concreto su alegado sometimiento al ámbito organicista del empresario.

La ayuda al actor por dos trabajadores de la empresa no afecta a la naturaleza jurídica de la relación entre ésta y aquél. En cambio destaca que el actor se ocupaba de comprar el material que necesitaba, no sólo la demandada, sino también otros proveedores, que percibía su variable retribución contra factura, en función del trabajo efectuado, no del tiempo invertido, y conforme a un precio por metro cuadrado realizado, prestando servicios para otras empresas, así como que sólo recibía indicaciones relativas a la fecha de entrega.

3. La diferencia entre el trabajo propio del contrato de trabajo y el de un oficial autónomo que colabora por contratos de arrendamiento de servicios u otros no es fácil de precisar. En el caso presente tiene especial relevancia que ha estado inscrito en el RETA durante siete años, y que era retribuido en función del trabajo realizado, no del tiempo invertido. Su retribución, se expresa, era, por ese motivo, variable. Se concluye que falta la dependencia, entendida como incorporación del trabajador al ámbito de organización y dirección de otra persona, sumisión a la disciplina organizativa de la empresa y sujeción a las órdenes e instrucciones del empleador.

II. Trabajador

El elemento indiciario que se toma en consideración es la referida alta en el RETA, durante siete años, sin que se valore que era ayudado por dos trabajadores de la empresa, ni el elemento de la comunicación escrita del empresario al demandante expresiva de que no tenía más trabajo para él, sobrevalorando que trabajaba también para otras empresas.

Pues bien, ese elemento indiciario que se toma en consideración de haber estado trabajando para la demandada durante siete años inscrito en el RETA, sin impugnación, puede ser valorado como una infracción de una colaboración no pasajera, que es lo propio de un autónomo, sino de una forma de trabajo parasubordinado.

El sistema de retribución en función del rendimiento está permitido en el Derecho del Trabajo, sin que sea imprescindible que lo sea a tiempo, aunque tenga que existir una jornada laboral, y si la demandada se ha ocupado de buscarle trabajo de oficial en otras empresas, cuando ella no lo tenía, parece algo más que un favor con un mero colaborador externo.

En fin, se afirma que lo que hay son meras indicaciones sobre la fecha de entrega de los trabajos, pero en realidad se ha dicho previamente que constaba, que tenía dos ayudantes puestos por la empresa, con los que formaba equipo y que la retribución no era alzada, sino en función de los metros cuadrados realizados, todo ello durante al menos siete años. Es mucho más que dudoso que no se haya acreditado la existencia de una prestación laboral dependiente, en régimen de ajenidad y retribuido. En realidad, hay un contrato de trabajo.

D) Profesiones liberales

– STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2004 (recurso de suplicación 92/2003), I.L. J 782.

1. El actor prestó, de forma continuada, durante unos dos años, servicios para la demandada como abogado especializado en temas laborales. Se le retribuía con una cantidad fija, que era actualizada todos los años, facturándose dichas cantidades a través del despacho profesional del citado abogado. Una vez extinguida la relación por parte de la empresa, el actor demandó por despido y la demanda fue estimada parcialmente por el Juez de lo Social, que consideró que existía relación laboral.

2. Una vez interpuesto el correspondiente recurso de suplicación por la parte demandada, el TSJ de Cataluña revoca la sentencia de instancia, afirmando que del conjunto fáctico se deriva la existencia de una relación profesional conocida como “igual a”, que se caracteriza por la ausencia de la nota de la dependencia. En este sentido, señala el Tribunal que el actor sólo tenía la obligación de acudir cada viernes a la empresa, sin estar sometido a horario fijo, y sin que existiera control alguno en este sentido por parte de la empresa. Asimismo, la facturación cursada por el demandante no tenía numeración correlativa, no había pagas extraordinarias, ni disfrutaba de períodos vacacionales, ni tampoco se encontraba afiliado y de alta en el Régimen General de la Seguridad Social. Se señala que el actor tenía la condición de administrador de la sociedad.

3. La sentencia analiza con detalle el cumplimiento de los requisitos de laboralidad establecidos en el Estatuto de los Trabajadores en el caso de una típica zona gris, como es la del ejercicio de la abogacía en régimen civil o mercantil. Es cierto que se valoran algunos elementos que carecen de relevancia (como, por ejemplo, la correlación numérica de las facturas presentadas, la inexistencia de pagas extra o vacaciones, o la afiliación y alta al Régimen General). Pero, en general, la sentencia es acertada, ya que pone de manifiesto la inexistencia de dependencia, entendida como inserción del trabajador en el ámbito organizativo empresarial, que es el elemento que distingue el trabajo del abogado por cuenta propia del efectuado en régimen laboral. En este sentido, la sentencia enmarca la relación jurídica en la tradicional “igual a”, mediante la cual un abogado presta servicios para una empresa en régimen civil o mercantil a cambio de una retribución fija, con independencia de la intensidad de los servicios prestados. De la misma forma, para la sentencia, parece no ser determinante la condición de administrador social del actor para calificar la relación como laboral o civil-mercantil.

– STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2004 (recurso de suplicación), I.L. J 1033.

1. La actora suscribió un contrato con un Banco denominado por las partes de “arrendamiento de servicios”, para trabajar en las dependencias de dicha entidad, como colaboradora de la Asesoría Jurídica Territorial de Cataluña. La empresa decidió dar por extinguido el contrato unos seis años después de su inicio, lo cual fue notificado a la actora. La actora demandó reclamando las cantidades salariales correspondientes al Convenio Colectivo de la Banca Privada, pretensión esta que fue acogida parcialmente en la sentencia de instancia, que declaró la existencia de relación laboral y estimó parcialmente la reclamación de cantidad efectuada.

2. Una vez interpuesto el correspondiente recurso de suplicación por la parte demandada, el TSJ de Cataluña confirma la sentencia de instancia, entendiendo que no cabe acoger la excepción de incompetencia de jurisdicción, ya que la relación trabada entre las partes, aunque formalmente civil, era materialmente laboral. Así, la actora debía trabajar en las dependencias de la demandada, siendo esta última quien facilitaba los medios, tales como mobiliario e instalaciones. De la misma forma, la demandante debía desarrollar “todos los trabajos que sean encargados por los Letrados del Banco”, estaba sometida a un horario fijo de trabajo, sin prestar servicios en el mes de agosto, pero percibiendo una retribución similar durante todos los meses del año, incluso durante las vacaciones de dicho mes de agosto. Además, los gastos de desplazamiento y estancia corrían a cargo del Banco.

3. La sentencia analiza con detalle el cumplimiento de los requisitos de laboralidad (retribución, voluntariedad, dependencia y ajenidad) establecidos en el Estatuto de los Trabajadores en el caso de una típica zona gris, como es la del ejercicio de la abogacía en régimen laboral. Es cierto que se valoran algunos elementos que carecen de relevancia (como, por ejemplo, el que la minuta pasada por la actora era similar todos los meses). Pero, en general, la sentencia es acertada, ya que pone de manifiesto la existen-

II. Trabajador

cia de dependencia, entendida como inserción del trabajador en el ámbito organizativo empresarial, que es el elemento que distingue el trabajo del abogado por cuenta propia del efectuado en régimen laboral. Hay que decir que el Estatuto de la Abogacía admite que dicha actividad pueda desarrollarse por cuenta propia o en el seno de una relación laboral, sin que de dicha norma se derive expresamente ninguna modificación –cosa que tampoco podría hacer, por falta de rango– a estos efectos respecto al propio Estatuto de los Trabajadores.

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) Distinción entre propietario de negocio y empresario. B) Posible extensión de responsabilidad a los socios: doctrina del levantamiento del velo. C) Centros concertados. **3. Centro de trabajo.** A) Pervivencia del centro de trabajo y mantenimiento del mandato representativo. **4. Grupo de empresas.** A) No existe grupo empresarial entre franquiciador y franquiciado. B) Criterios para apreciar la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo. **5. Contratas.** A) Concepto de propia actividad. B) Duración de la contrata ligada a duración del contrato para obra o servicio determinado. C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. D) Responsabilidad solidaria por salarios de tramitación. **6. Empresas de Trabajo Temporal.** A) Responsabilidad solidaria. **7. Cesión ilegal.** A) Concepto; requisitos; diferencias con la contrata. B) Ejercicio del derecho de opción: no es necesario que la situación de prestamismo esté vigente. C) Reclamación de fijeza: proceso adecuado para hacer efectivo el derecho y plazo para el ejercicio de la acción. **8. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho; requisitos esenciales. B) No exige el consentimiento de los trabajadores afectados. C) Derechos de los trabajadores. D) Sucesión de empresa y mantenimiento del mandato representativo. E) Sucesión de contratas y sucesión de empresas. F) Sucesión de empresa en vía de ejecución. G) Jubilación e incapacidad del empresario y subrogación empresarial. H) 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 5 a 8 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 673 a J 1192) 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) Distinción entre propietario de negocio y empresario

Es de sobra conocido que en el ámbito laboral la condición de empleador no va ligada a la titularidad de una empresa en sentido mercantil del término sino a la recepción de servicios de un trabajador en condiciones de subordinación y ajenidad. No obstante, en ocasiones, la propiedad de los medios de producción unida a la inexistencia de tercero alguno que actúe como receptor directo de los servicios de los trabajadores ocasiona una fuerte tendencia a imputar a aquél la cualidad de empleador. Ésta es la idea que parece subyacer en las afirmaciones de las SSTSJ de Castilla y León (Burgos), de 23 de marzo de 2004, I.L. J 1114, de 28 de abril de 2004, I.L. J 1113, y de 1 de junio de 2004, I.L. J 1115, cuando señalan “es cierto que es posible distinguir la condición de empresario y la de simple propietario de un negocio. Pero para poder estimar que este propietario no actúa como empresario, normalmente es preciso que aparezca un gerente, gestor o encargado que desempeñe la función de regentar o dirigir la empresa; si no aparece ningún gestor o encargado malamente puede sostenerse que el propietario de la explotación se limita a actuar como tal y no como verdadero empresario. Es más cuando un empresario ha venido actuando toda su vida con esa condición y carácter, si la explotación continúa después de jubilarse en el RETA, sin que él nombre a nadie que, sustituyéndole, dirija el negocio, no es posible estimar lógicamente que desde esa jubilación ya no actúa como empresario”. Un análisis más detenido del supuesto tratado en estos pronunciamientos se contiene en el apartado 8.G).

B) Posible extensión de responsabilidad a los socios: doctrina del levantamiento del velo

Tras una detallada exposición de la finalidad y función que cumple la denominada doctrina del levantamiento del velo, en aras a ampliar la responsabilidad laboral a las personas físicas que ocupan una posición jurídica relevante en una sociedad que, como tal, tiene personalidad jurídica independiente, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de enero de 2004, I.L. J 1046, lleva a cabo una cuidada argumentación acerca de las hipótesis que la mencionada doctrina comprende en el ámbito laboral así como de los requisitos necesarios para que pueda operar. Respecto a la primera cuestión, se indica que en el ámbito del Derecho del Trabajo la teoría del levantamiento del velo alcanza a aquellos supuestos

III. Empresario

en los que la sociedad se instrumentaliza o actúa de modo fraudulento para incumplir las obligaciones contractuales; lo que, a su vez, implica la apreciación de dos circunstancias: “utilización de la compañía para un fin diverso al que se derivaría del cumplimiento del objeto social y las normas estatutarias, así como la ilicitud de esa finalidad por su carácter abusivo, fraudulento o evasivo de responsabilidades y obligaciones”. En relación al segundo de los interrogantes, dado que la doctrina del levantamiento del velo persigue la extensión de responsabilidad a los socios en caso de insolvencia de sociedades, su aplicación “exige como primer e imprescindible requisito la demostración por parte de los trabajadores de la situación de insolvencia de la empresa y la conducta fraudulenta de la sociedad en perjuicio de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores y en beneficio de los socios, administradores o consejeros. Todo lo cual requiere, a su vez, la demostración del ánimo de engaño u ocultación, al igual que la prueba de que la empleadora es una sociedad de acomodo, simulada o de fachada como justificación de la incardinación de la misma en el instituto del abuso de derecho”. Como corolario de todo lo anterior, se añade que la doctrina del levantamiento del velo no se rige por normas jurídicas generales de carácter fijo e inmutable, sino que debe acudir a los elementos que concurran en el supuesto concreto de que se trate, si bien existen situaciones especialmente caracterizadas que autorizan el levantamiento del velo, “cuales son la confusión de patrimonios, la intercomunicación de patrimonios y otras incidencias económicas sustanciales en la actividad desarrollada que desnaturalicen, desvíen o perturben el normal funcionamiento que previene la normativa legal para las entidades mercantiles en su versión de empresa”. La proyección de estos planteamientos al caso examinado conduce a la Sala a mantener que no se dan los requisitos mínimos necesarios para aplicar la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica.

C) Centros concertados

La jurisprudencia ha dejado sentado con claridad que en los supuestos de conciertos educativos suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración, aunque esta última no asume ninguna posición empresarial en la relación laboral entre el titular del centro y sus profesores, sí queda obligada al pago delegado del salario por cuenta de aquél y también responde de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de los profesores. Ahora bien, según se desprende de la normativa reguladora de la financiación de los centros concertados (Ley 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho de Educación –LODE–, en el caso de autos, hoy derogada por la Ley 10/2002, de 23 de diciembre –LOCE–, que, sin embargo, contiene previsiones similares a los efectos analizados, y RD 2377/1985, de 18 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos) y de la consolidada doctrina jurisprudencial que inició la STS de 20 de julio de 1999, la obligación de pago delegado de la Administración no es ilimitada, sino que está en directa conexión con la cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros concertados que anualmente fija la Ley de Presupuestos Generales del Estado. En base a ello se llega a afirmar que, “dentro de los límites presupuestarios, la entidad que gestiona el centro concertado es la empleadora y como tal responsable del abono de las percepciones del personal docente, si bien en este supuesto, la Administración sí queda obligada al pago

del salario por cuenta de aquél. No ocurre igual cuando dichos límites presupuestarios han sido agotados o superados, pues en tal caso la Administración ha cumplido con lo dispuesto en las leyes presupuestarias, y debe ser el centro concertado el que abone las posibles retribuciones reclamadas” (**STSJ de Extremadura de 26 mayo de 2004**, I.L. J 1095). En aplicación de esta doctrina en ciertos supuestos de hecho se condena en exclusiva al Colegio al pago de un determinado premio de antigüedad a la trabajadora (**STSJ de Extremadura de 26 mayo de 2004**, I.L. J 1095), mientras que en otras ocasiones (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 26 de abril de 2004**, I.L. J 1130) es la Consejería de Educación, Cultura y Deportes la condenada en exclusiva al abono al trabajador de la paga extraordinaria por antigüedad reclamada, dado que no se acredita la existencia de un exceso en la financiación prevista para el salario y los gastos variables de los centros concertados. A esta última conclusión llega también la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 23 de abril de 2004**, I.L. J 1127, si bien no contiene más argumentación que la simple mención de la STS de 17 de diciembre de 2002.

Por su parte la **STSJ de Aragón de 31 de mayo de 2004**, I.L. J 1086, declara la responsabilidad solidaria de la Administración y el Colegio en relación al abono de la paga extraordinaria por antigüedad, bajo el argumento de que la paga en cuestión no es tanto una alteración salarial cuanto la introducción de un concepto salarial nuevo, contemplado hasta entonces como mejora social de jubilación en el convenio y, por tanto, no puede oponerse a su abono lo previsto en lo LODE, hoy en la LOCE, relativo a la no asunción por la Administración de aquellas alteraciones salariales del profesorado derivadas de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios previstas en las Leyes de Presupuestos. Entender lo contrario conduciría al absurdo, y sería discriminatorio, razona el magistrado, “de pretender que podrían abonarse por la Administración las pagas extraordinarias de antigüedad que se fueran solicitando durante el año hasta la fecha en que se llegara al límite presupuestado de la masa salarial del módulo, dejando de abonar las que se devengarán posteriormente”.

3. CENTRO DE TRABAJO

A) Pervivencia del centro de trabajo y mantenimiento del mandato representativo

La trascendencia normativa de la noción de centro de trabajo queda patente cuando el disfrute de determinados derechos y garantías así como el mantenimiento de concretas facultades se hace depender directamente de la presencia de aquél. Así, la **STSJ de Extremadura de 25 de mayo de 2004**, I.L. J 1094, en el marco del análisis de una posible vulneración de derechos sindicales, afirma claramente que, amén de por otras causas, los delegados sindicales “también han de cesar en sus mandatos cuando deja de existir el centro de trabajo en el que se constituyó la sección, es decir, depende del propio modo su mandato de la subsistencia del centro de trabajo para el que el trabajador fue elegido”. Criterio que, a juicio de la Sala, se encuentra en la actualidad convalidado por el legisla-

III. Empresario

dor, tal como se desprende de la redacción del art. 44.5 ET, de la cual cabe deducir que el mantenimiento o extinción del mandato de los representantes de los trabajadores dependerá de la subsistencia o no, como entidad económica dotada de autonomía, de la unidad productiva utilizada en la empresa transferida como base objetiva para la constitución de la correspondiente institución representativa.

4. GRUPO DE EMPRESAS

A) No existe grupo empresarial entre franquiciador y franquiciado

Frente al criterio sustentado por la sentencia de instancia de imputar responsabilidades de índole laboral a la empresa franquiciadora respecto de un despido llevado a cabo por la empresa franquiciada, bajo el argumento de que ambas entidades formaban un grupo de empresas, la **STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2004**, I.L. J 1053, sostendrá que en estos casos “no cabe apreciar los requisitos de creación jurisprudencial en orden a la determinación del grupo de empresas”, y mucho menos una responsabilidad solidaria por el despido de la trabajadora. De esta forma, las consecuencias de la decisión extintiva de la empresa franquiciada deben ser soportadas únicamente por ella, por cuanto, según se desprende del contrato de franquicia, “no existe una fusión o confusión de patrimonios, sino que (...) se trata de dos comerciantes totalmente independientes, sin participación societaria alguna de una en la otra, sino todo lo contrario, cada entidad tiene unos socios y administradores distintos, con un funcionamiento diverso y personal independiente, es decir, se trata de dos entidades que la única vinculación que tienen deriva de haber concertado un negocio mercantil, con unas determinadas condiciones de las que no cabe inferir, (...) la existencia de un grupo de empresas, dada la independencia real y efectiva de sus bienes, de su patrimonio, de sus cuentas, con una personalidad jurídica diversa, etc.”. Es preciso señalar que la argumentación precedente se produce en directa conexión, como no podía ser de otra forma, con el supuesto de hecho enjuiciado y las concretas cláusulas que se recogen en el contrato mercantil celebrado entre las dos empresas, pero, no obstante, creemos que buena parte de aquélla es trasladable a otras situaciones contractuales de similar naturaleza.

B) Criterios para apreciar la responsabilidad solidaria de las empresas del grupo

Probablemente uno de los aspectos del funcionamiento del grupo de empresas que más ha preocupado a la doctrina judicial y a la jurisprudencia ha sido el de perfilar los requisitos y condiciones que permiten trascender la barrera de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas que forman el grupo para hacer extensible a todas ellas la responsabilidad por las obligaciones de cualquiera de sus miembros. La carencia de un marco legal adecuado ha obligado a la jurisprudencia a llevar a cabo una importante labor de construcción jurídica acerca de los postulados a los que responde el grupo de empresas y de los requisitos cuyo cumplimiento hacen nacer la responsabilidad solidaria de todos los componentes del grupo. Partiendo de la premisa general de que “la pertenencia a un mismo grupo empresarial (...) no genera ni implica por sí mismo la responsabilidad so-

lidaria de los miembros integrantes del grupo respecto de las obligaciones contraídas por uno de ellos” (STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2004, I.L. J 783), doctrina judicial y jurisprudencia se han afanado por concretar los criterios que determinan la configuración ilícita del grupo y, por tanto, la responsabilidad solidaria de todas ellas, y que se suelen resumir en: existencia de una plantilla única, confusión patrimonial, apariencia externa unitaria, unidad de dirección y actuación fraudulenta (STSJ de Madrid de 13 de enero de 2004, I.L. J 871; STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2004, I.L. J 1053, y SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 23 de marzo de 2004, I.L. J 1114, de 28 de abril de 2004, I.L. J 1113, y de 1 de junio de 2004, I.L. J 1115). En palabras de la STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2004, I.L. J 783, “para que pudiera nacer la obligación solidaria de responder frente a los trabajadores de una empresa del grupo es necesario que éste haya actuado en fraude de Ley, haciendo una utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas en perjuicio de los trabajadores, de forma que se produzca un abuso de derecho o ánimo defraudatorio (...) por lo que sólo cabe deducir responsabilidad solidaria frente a los trabajadores de todas las empresas del grupo cuando se haga uso torticero y fraudulento de las normas legales; pero no cabe exigir responsabilidad cuando el grupo de empresas actúa conforme a derecho”.

5. CONTRATAS

A) Concepto de propia actividad

A estas alturas del desarrollo hermenéutico del art. 42 ET resulta lugar común resaltar la importancia que en el régimen jurídico de la contrata y subcontrata de obras y servicios tiene la delimitación de la noción de “propia actividad” como presupuesto esencial sin cuya presencia no se pone en marcha el mecanismo garantista previsto en el ET. No tan evidente se presenta, sin embargo, la propia identificación de lo que es y lo que no es “propia actividad”. Con notables esfuerzos del TS, en la actualidad parece que asentada doctrina sobre el particular, desarrollada sobre la distinción entre actividades indispensables y actividades inherentes, con las implicaciones en orden a la inclusión o no de las denominadas actividades complementarias que cada una de ellas comporta (STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2004, I.L. J 986). A pesar de ello, los conflictos se siguen sucediendo. La STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2004, I.L. J 783, debe resolver si la actividad de canalización o construcción de redes de telefonía, subcontratada por la empresa Telefónica España, SAU se corresponde o no con la propia actividad de ésta. La solución será negativa, pues a juicio de la Sala, si bien “la canalización de redes de Telefónica es actividad esencial e imprescindible para la actividad principal” de Telefónica España, SAU, ello no obsta a la afirmación de la inexistencia de responsabilidad solidaria, “porque, al igual que la construcción de edificio, el servicio de suministro de electricidad y el de limpieza resultan tan esenciales como imprescindibles en un centro hospitalario dedicado a la actividad sanitaria, sin que en buena lógica y con deductivo razonar entre el objeto, actividad y finalidad de las empresas constructora, eléctrica y de limpieza pueda establecerse en parangón identidad, similitud ni coincidencia alguna con el sanitario pro-

III. Empresario

piamente dicho, en buena lógica y con deductivo razonar no es dado aceptar ni judicialmente admitir que la construcción y canalización de redes se identifique o corresponda con los de la utilización de las mismas en prestación de servicios de telecomunicaciones”. A igual conclusión llegará la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2004**, I.L. J 986, que tras aludir a la inclinación de la jurisprudencia unificadora por la tesis de la inherencia al ciclo productivo de la empresa principal, a tenor de la cual estaremos ante una contrata correspondiente a la propia actividad “cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”, afirmará que la explotación de una cafetería y comedor de un Consejería en virtud de contrata administrativa “es una actividad totalmente ajena a la actividad de la Consejería”, por lo que no puede entrar en juego el art. 42 ET.

B) Duración de la contrata ligada a duración del contrato para obra o servicio determinado

Nuevas decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia vienen a reiterar la ya doctrina unificada del Tribunal Supremo en virtud de la cual es admisible que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato para obra o servicio determinado. Así lo hacen la **STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2004**, I.L. J 1037, con ilustrativa reproducción de pronunciamientos del TS, y la **STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2004**, I.L. J 1023. Ahora bien, precisa la primera de las citadas, “aunque la existencia de una contrata puede justificar la formalización de contratos para obra o servicio determinado, es necesario que los trabajadores contratados sean destinados a la ejecución de la misma y no a tareas distintas”. Pero quizás, lo más relevante de estas sentencias no sea tanto la doctrina recogida cuanto la situación fáctica a la que se aplica, pues extiende aquélla a las contrata celebradas no por la empleadora, una ETT, sino por la empresa usuaria con una tercera. En otras palabras, el contrato para obra o servicio determinado tiene lugar con una ETT que, a su vez, cede al trabajador a una Empresa Usuaria que ha celebrado con una tercera empresa el correspondiente contrato de ejecución de obra. La **STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2004**, I.L. J 1023, afirmará que el mismo tratamiento dado a los supuestos de recurso a contratos temporales para cubrir necesidades asimismo temporales vinculadas a la duración de una contrata debe otorgarse a aquellos casos en los que la empresa usuaria, para dar ejecución a la contrata que le vincula con una tercera empresa principal, concierta un contrato de puesta a disposición al amparo de la causa a) del art. 15 ET; mantiene la Sala que la contratista puede recurrir a la contratación directa o a trabajadores puestos a disposición para cubrir las necesidades productivas dimanantes de la contrata, “pues el art. 8 de la Ley 14/1994 vincula precisamente la contratación a través de este tipo de empresas a las causas reguladas en el art. 15 ET, y no prohíbe ni excluye expresamente el recurso a contratos de puesta a disposición para cubrir necesidad temporal vinculada a la duración de una contrata”.

C) Sucesión de contratas y sucesión de empresas

Véase apartado 8.E).

D) Responsabilidad solidaria por salarios de tramitación

El art. 42.2 ET establece la responsabilidad solidaria del empresario principal, durante el año siguiente a la terminación de su encargo, de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas con sus trabajadores. La **STSJ de Galicia de 2 de abril de 2004**, I.L. J 1064, recordando la doctrina del TS sobre la cuestión, declarará la improcedencia de imponer al empresario principal el pago de los salarios de tramitación sobre la base de tal precepto, pues, como se ha señalado, el Estatuto se refiere “a las obligaciones de naturaleza salarial”, y “los salarios de trámite tienen vertientes salariales, como la obligación de cotizar por ellos, y una finalidad indemnizatoria, por ello, tanto si se concluye que constituyen un concepto propio como si se admite su exclusiva naturaleza indemnizatoria, nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial, únicas de las que es responsable solidario el contratista [debe entenderse empresario] principal”.

6. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**A) Responsabilidad solidaria**

La adscripción de trabajadores por la empresa usuaria a tareas diversas de las correspondientes a la ejecución de la contrata que sirvió de base al contrato de puesta a disposición con la ETT —y el correlativo contrato de obra entre ésta y el trabajador [véase apartado 5.B)]— es considerada por la **STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2004**, I.L. J 1037, como un supuesto de fraude en la contratación temporal cuyas consecuencias no deben recaer en exclusiva sobre la ETT; de ahí que, en aplicación de los arts. 16.3 y 6 LETT, se declare la responsabilidad solidaria de aquélla y la empresa usuaria.

Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2004**, I.L. J 1023, entiende que la responsabilidad por despido improcedente derivada de una fraudulenta contratación temporal “en cuanto ésta se ampara en un objeto definido en el contrato que no se corresponde con las funciones efectivamente desempeñadas, por tanto excediendo de los límites de la causa de la contratación temporal definidos en el propio contrato” es imputable sólo a la ETT, sin que quepa apreciar responsabilidad de la empresa usuaria. Para la Sala la condena solidaria ha de operar únicamente cuando se haya incurrido en alguna de las prohibiciones de contratación contenidas en el art. 8 LETT, “más no de forma genérica en cualquier supuesto”, de tal manera que “habiéndose en este caso amparado la contratación en causa lícita al amparo del art. 15.1.a) ET, sin perjuicio de las irregularidades (...) que conducen a la improcedencia del despido, la condena únicamente ha de recaer sobre la empresa de trabajo temporal”. No obstante, no deja el pronunciamiento de recurrir en su argumentación al dato de que la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria ex art. 16.3 LETT se limita a las obligaciones salariales y de Seguridad Social, “y en el proceso de despido no quedan comprendidas ninguna de esas clases de obligaciones, debiendo tenerse en cuenta asimismo que los denominados salarios de tramitación tie-

III. Empresario

nen en realidad naturaleza indemnizatoria”. Por todo ello, concluye la sentencia, “tanto en el supuesto de que el contrato de puesta a disposición carezca de causa, como en el caso de que la empresa usuaria haya procedido a la extinción del contrato de puesta a disposición sin que concurra la circunstancia que lo permita, la condena habrá de recaer única y exclusivamente sobre la empresa de trabajo temporal”.

7. CESIÓN ILEGAL

A) Concepto; requisitos; diferencias con la contrata

La delimitación de la cesión ilegal de trabajadores ha descansado frecuentemente en sede judicial en la identificación de sus notas diferenciadoras de la contrata, pues es habitual que esta última se utilice como mecanismo encubridor de aquélla. En este contexto, la **STSJ de Cataluña de 11 de marzo de 2004**, I.L. J 1024, con abundante cita de la doctrina del TS sobre el particular, contiene una ilustrativa exposición de la línea argumentativa a seguir a la hora de distinguir ambas figuras. Así, la Sala señalará que bajo el concepto común de cesión ilegal de trabajadores se regulan fenómenos distintos, pudiéndose distinguir entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial, pero pretenden eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral; y las cesiones con una función interpositoria, donde el cedente es un empresario ficticio y la cesión persigue un objetivo fraudulento. De ahí que el hecho de que la contratista pueda contar con elementos productivos e infraestructura empresarial propia no es suficiente por sí solo para negar la existencia de cesión ilegal de trabajadores. En estos supuestos, al objeto de delimitar si estamos en presencia o no de una cesión ilegal debe acudir a la concurrencia de otras notas, como la de que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal, que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial o que el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra, pues como ha señalado la jurisprudencia unificadora, la línea de distinción entre la lícita contrata y la cesión prohibida recae “no tanto en el dato de que la empresa cedente existiera realmente sino si actuaba como verdadero empresario, declarando que es cesión ilegal de mano de obra la mera provisión o suministro de fuerza de trabajo a otra empresa, aunque la cedente tenga infraestructura propia, si ésta no se pone a contribución de la cesionaria”. La aplicación de estos postulados al supuesto de hecho analizado, en el que “resulta que la empresa supuestamente subcontratada no pone en juego la más mínima infraestructura empresarial y se limita pura y simplemente a facilitar mano de obra a la empresa titular de la explotación, hasta el punto incluso de que los trabajadores cedidos vienen a sustituir a los de la empresa principal cesionaria que realizaban hasta entonces idéntica actividad”, conducirá a la Sala a declarar la existencia de cesión ilegal de trabajadores. Similares argumentos e idéntico fallo se contienen en la **STSJ de Cantabria de 10 de junio de 2004**, I.L. J 1012. Por su parte, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de abril de 2004**, I.L. J 1126, abundando en la situación en la cual pese a existir una verdadera empresa, ésta se limita al suministro de la fuerza de trabajo necesaria para el desarrollo del servicio contratado, recuerda que la jurisprudencia ha matizado este aspecto “al permitir que exista una subordinación a las órdenes del empresario principal en el aspecto técnico,

o un poder de verificación o control por parte de la empresa contratante, teniendo en cuenta también que puede ocurrir que el empresario principal dirija el trabajo, por las especiales funciones que exige el trabajo estipulado, o que se trate de trabajos con ciertas peculiaridades, de forma que a veces se trata de una mera supervisión de la actividad, elemento este que no es suficiente por sí solo para considerar que existe cesión ilegal de trabajadores”. No obstante, en el caso de autos se concluirá en la existencia de la conducta prohibida. Por el contrario, solución opuesta será la mantenida por la **STSJ de Madrid de 19 de enero de 2004**, I.L. J 875, en un supuesto de prestación de servicios como profesora de manualidades que se desarrolla en el marco de una contratación administrativa que convoca y adjudica anualmente un Ayuntamiento, titular del centro en cuyas aulas y dependencias se imparten dichas actividades. De acuerdo con los pliegos correspondientes, la empresa adjudicataria debe “cumplir con el programa licitado, sufragar un porcentaje de los bienes inventariables, afrontar reparaciones y reposiciones, controlar asistencias y proveer sobre sustituciones, valiéndose para ello tanto de unos coordinadores de centro, que lo visitan periódicamente, como de los propios monitores, quienes, además, deben rendir a las empresas informes trimestral y final de su actuación”; a su vez, las condiciones técnicas del contrato administrativo “descienden a pormenores ‘impropios’, aparentemente, de una contrata, como los relativos a presentación de los currículum de los profesores, fijación de grupos y horarios, o la necesaria aceptación de los posibles sustitutos por parte de la empresa principal”. Pero, pese a todo ello, se afirmará la inexistencia de fenómeno interpositorio porque, amén de que las limitaciones apuntadas se justifican en la condición de servicio público de las actividades ofertadas y desarrolladas, “existe una organización empresarial, que decide por medio de su oferta los cursos que va a prestar, número de horas, horario de los cursos, aunque obviamente dentro del conjunto que el Ayuntamiento pretende cubrir. Define los objetivos a desarrollar y la metodología concreta para su concesión. Ejerce el poder de dirección (...) Aporta parte del material, busca sustitutos para reemplazar al profesor (...) Hay un responsable de la contrata (...) En definitiva, ejerce una actividad empresarial, un poder de dirección aunque esté atenuado y no es una mera suministradora de mano de obra”.

B) Ejercicio del derecho de opción: no es necesario que la situación de prestamismo esté vigente

Entre las garantías derivadas del sometimiento a tráfico ilegal de mano de obra, el art. 43.3 ET establece el derecho del trabajador a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Un problema no resuelto por la norma es el relativo a las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho, en particular si es preciso que éste se ejercite mientras está viva la situación de suministro de mano de obra. Para la **STSJ de Cantabria de 31 de marzo de 2004**, I.L. J 701, “no existe norma alguna que imponga como condición para la eficacia del derecho de opción por la integración en la plantilla de la cesionaria el que la situación de prestamismo esté vigente”. Ahora bien, una cosa es la permanencia de la situación de tráfico prohibida y otra la vigencia de la relación laboral que permite aquélla, pues como afirma el citado pronunciamiento “es el hecho del despido, y no la terminación de la situación de cesión ilegal, lo que privaría

III. Empresario

de objeto a la demanda y obligaría al trabajador a ejercitar la acción por despido e incluir dentro de su pretensión de readmisión por tal cauce procesal la de integración en la plantilla de la empresa cesionaria”.

C) Reclamación de fijeza: proceso adecuado para hacer efectivo el derecho y plazo para el ejercicio de la acción

Como acabamos de indicar el art. 43.3 ET, en caso de cesión ilegal, otorga al trabajador el derecho a adquirir la condición de fijo, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Pues bien, en relación a la cuestión de cuál es el plazo para el ejercicio de la acción de integración en la plantilla de la empresa elegida y de cuál es el proceso adecuado para hacer efectivo el derecho la **STSJ de Cantabria de 31 de marzo de 2004**, I.L. J 701, señala que el “*dies a quo* de cualquier plazo para el ejercicio de la acción destinada a hacer efectivo el derecho reconocido en el art. 43.3 del Estatuto de los Trabajadores es el día en que finaliza la situación de prestamismo ilícito”, mientras que el procedimiento correcto para reclamar el derecho es el proceso ordinario y no el de despido. Razona la Sala, que si bien podría pensarse que toda demanda en la que se busque un pronunciamiento de condena que obligue a una empresa a admitir en su plantilla a un trabajador con el cual niega la existencia de relación laboral debiera tramitarse por el procedimiento especial de despido, sin embargo, la aplicación al caso de autos de la doctrina del TS que entiende que el cauce adecuado para la impugnación de una subrogación ilícita es el procedimiento ordinario y no el de despido, lleva a mantener que aquél es también el que debe utilizarse en supuestos de reclamación de fijeza *ex art.* 43.3 ET, pues presentan “una total identidad de razón a estos efectos con aquellos en los que se impugna la subrogación ilícita”. No obstante, conviene advertir que en el supuesto examinado no se había producido el despido del trabajador y su relación laboral seguía vigente con la empresa cedente, pues, como también señala la Sala, “en aquellos supuestos en que los que con anterioridad a la reclamación de integración en la plantilla de la empresa cesionaria se ha producido un despido se viene exigiendo que el trabajador impugne dicho despido como condición para la eficacia de su pretensión de integración en la plantilla de la cesionaria, puesto que si el despido es admitido pacíficamente, y con ello la terminación de la relación laboral, en este caso, efectivamente, pierde su objeto la demanda de integración, con independencia (...) de que la calificación de la situación anterior al despido como cesión ilícita pueda tener consecuencias a efectos de otras reclamaciones distintas, como puedan ser las de naturaleza salarial (...) Ello es así porque la responsabilidad solidaria del cesionario establecida por el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores constituye en tales supuestos una cuestión previa a dilucidar en el juicio de despido”.

8. SUCESIÓN DE EMPRESAS

Como viene siendo habitual, el mayor número de decisiones judiciales recaídas en el período analizado en torno a la figura del empresario se centra en la problemática de la sucesión de empresas y en las concretas cuestiones que su régimen jurídico plantea. Casi todas ellas han sido objeto de estudio y comentario en crónicas precedentes, siendo quizás la más llamativa, por ser más infrecuente, la relativa al juego del fenómeno subrogatorio en los supuestos de jubilación e incapacidad del empresario.

A) Elementos del supuesto de hecho; requisitos esenciales

Probablemente en todas las crónicas realizadas hasta el momento encontramos un apartado dedicado a la delimitación jurisprudencial de los requisitos constitutivos del supuesto de hecho del art. 44 ET. De ello pueden deducirse dos grandes consecuencias: primera, que debe existir un cuerpo consolidado de doctrina judicial sobre el particular; segunda, que pese a lo anterior, la previsión normativa y su correlativa concreción judicial son lo suficientemente lábiles como para que la siempre rica realidad abra permanentes huecos de conflictividad. En relación a la primera de las conclusiones apuntadas, la **STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2004**, I.L. J 1038, nos recuerda la doctrina jurisprudencial sobre los elementos del supuesto de hecho del art. 44 ET, señalando que éste “está integrado por dos requisitos esenciales y constitutivos (...) el cambio de titularidad de la empresa o de un elemento significativo de la misma por un acto *inter vivos* de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario) o en virtud de una transmisión *mortis causa* de la empresa o de una parte significativa de la misma [arts. 44 y 49.1.g) del ET]; y que los elementos cedidos patrimoniales, constituyan una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada (por lo que) no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstos han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente”. Doctrina y requisitos que también expone la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 febrero de 2004**, I.L. J 1043. Por su parte, la **STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2004**, I.L. J 694, efectúa un proceloso repaso a los antecedentes históricos del actual art. 44 ET y a la muy oscilante y no siempre nítida doctrina del TJCE sobre el supuesto de hecho de la transmisión de empresa, en particular cuando éste se aplica a casos de sucesión de contratas y adjudicaciones administrativas; sirva como ejemplo afirmaciones recogidas en el citado pronunciamiento, que van desde la simple aseveración de que la Directiva “opera también en determinados supuestos en los que no existe transmisión de un patrimonio entre las dos empresas”, o que la jurisprudencia del TJCE “se fundamenta no en el concepto de transmisión patrimonial, sino de continuidad de empresa”, a otras más matizadas en las que señala que lo relevante para determinar la aplicación de la normativa contenida en la Directiva “es que se transfiera una organización productiva identificable o una parte organizada de la misma”. Esta sentencia llegará a la conclusión de que la privatización de la actividad de limpieza viaria y de alcantarillas realizada por un Ayuntamiento en virtud de la cual, y de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones de la contratación, la nueva adjudicataria se subroga en los contratos laborales de seis operarios que prestaban servicios para la corporación local, no constituye una sucesión de empresas, ya que “no se está traspasando un conjunto productivo organizado, sino una mera suma desagregada de trabajadores seleccionados de entre aquellos que formaban parte de la organización productiva que atendía, entre otras, las tareas privatizadas”.

En cuanto a la segunda de las consecuencias apuntadas, existen en el período comentando bastantes sentencias que, si bien no ofrecen una gran aportación teórica sobre los elementos constitutivos del supuesto de hecho del art. 44 ET, sin embargo, tienen el interés que deriva de la proyección general de esos elementos sobre el caso concreto enjuiciado.

III. Empresario

Así, la STSJ de Extremadura de 10 marzo de 2004, I.L. J 863, estima que la cesión de derechos de participación en competiciones oficiales no constituye una transmisión de empresa, “pues en ningún momento se puede articular esa transferencia de ‘un conjunto de medios organizados’ a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuera esencial o accesoria”; la STSJ de Galicia de 23 de enero de 2004, I.L. J 809, aborda el supuesto de un arrendamiento de negocio sucesivo (en concreto una cafetería) en el que se incluía el local con toda su maquinaria e instalaciones. El demandante trabajó primero para la propietaria del local y después continuó con el primer arrendatario. Éste despidió al trabajador debido al cese en la actividad y el local permanece cerrado durante un mes. Transcurrido éste y después de haber pintado y redecorado el local y sustituido algunos elementos que se encontraban deteriorados, la propietaria suscribe un nuevo contrato de arrendamiento de local de negocio con otra empresa, poniendo a disposición del nuevo arrendatario todos los elementos que había en el local (cafetera, lavavajillas, nevera, máquina registradora, ...), algunos en buen estado de uso y otros no. La Sala entiende que no hay sucesión de empresa entre el primer arrendatario y la propietaria del local de negocio, argumentando que no cabe aplicar la normativa del art. 44 ET a una entidad “por el hecho de ser propietaria del local arrendado y por la circunstancia de que éste disponga de la maquinaria y de las instalaciones necesarias para desarrollar el negocio de cafetería, pues, (...) no aparece acreditado que hubiera tenido lugar un cambio de titularidad en la empresa en que prestaba servicios el actor, dado que lo expuesto no significa que hubiere existido una sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos o una sucesión en la actividad”. En cuanto a la alegación de uno de los demandados en el sentido de afirmar la inexistencia de sucesión entre la propietaria del local y el segundo arrendatario, la Sala desestima el motivo del recurso, si bien por razones formales, al no haber sido ésta una cuestión suscitada en la instancia; por el contrario, continúa la Sala, lo que se acepta en la sentencia de instancia es la existencia de sucesión empresarial entre el primer y el segundo arrendatario de negocio, en tanto que “sucesivas arrendatarias del local, en el que se desarrolló el negocio de cafetería por una y otra, pues no en vano se afirma, en su fundamentación jurídica, entre otras cosas ‘que se ha producido sucesión entre la actividad de uno y otro arrendatario, con el cierre mínimo para el acondicionamiento del local de negocio’”. En la STSJ de Cataluña de 27 de abril de 2004, I.L. J 1038, se estudia si la escisión del servicio de contabilidad de una empresa dedicada a la prestación de servicios integrales de actividades profesionales económicas constituye o no una entidad autónoma suficiente a los efectos de que opere la subrogación prevista en el art. 44 ET. En virtud del acuerdo de escisión la empresa de consultoría cede a la escindida todos sus derechos en relación a una determinada cartera de clientes, llevándose asimismo el soporte informático y los discos duros sobre los que se realizaba el trabajo, aunque no los ordenadores. La Sala aceptará la existencia de sucesión empresarial “aunque los clientes que reciban los servicios de contabilidad (de la nueva empresa que tiene el conjunto de medios organizativos suficientes para llevar a cabo su actividad) sean también o continúen siendo clientes de (...) [la empresa originaria] con respecto a otras secciones no escindidas (...) pues no se trata de dar servicio integral a los clientes (...) sino de ofrecerles el servicio autónomo y diferenciado de contabilidad; manteniendo (...) [la empresa originaria] los clientes que lo eran con anterioridad a la escisión producida para todo servicio que no sea contabilidad que les será prestada por la nueva empresa subrogada”. La STSJ de Andalucía, Málaga, de 13 de febrero de 2004, I.L. J 1044, en un caso de sucesión de empresas

concesionarias de una franquicia, declara que “la existencia de varios franquiciados no excluye de por sí la operatividad del art. 44 ET entre ellos siempre que hayan concurrido los requisitos necesarios para ello y no evidentemente con el franquiciador, con el que les unirá una relación de naturaleza mercantil”. Por último, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 febrero de 2004**, I.L. J 1043, se refiere a una temática ya tratada en anteriores comentarios, cual es la relativa al rescate por un Ayuntamiento del servicio de gestión recaudatoria que con anterioridad había sido adjudicado a una empresa privada. La Sala, tras aludir a los requisitos exigidos por el TS para que opere la subrogación, estima la existencia de sucesión empresarial en el caso de autos argumentando que “queda probado que el mobiliario y el equipo informático fue adquirido por el Ayuntamiento (...) mediante compraventa. Por ello todo el sustento patrimonial que permitía el desarrollo de la actividad consistente en la gestión recaudatoria pasó a ser propiedad del Ayuntamiento de una forma plena y definitiva. En definitiva la Corporación Municipal asumió tanto el mobiliario como los equipos y el personal, además de desarrollar la prestación del servicio contratado en dependencias municipales”. Y un caso específico de arriendo de una explotación agraria se recoge en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de marzo de 2004**, I.L. J 712, comentada en el apartado 8.F).

B) No exige el consentimiento de los trabajadores afectados

Como consecuencia de la privatización del servicio de limpieza viaria llevada a cabo por un determinado Ayuntamiento, se transfiere parte del personal laboral de éste a la nueva adjudicataria, al entenderse que se ha producido un supuesto de sucesión ex art. 44 ET. Producida la transmisión, la empresa adjudicataria modifica a los trabajadores el horario que venían realizando, lo que es impugnado judicialmente por éstos. Este supuesto da pie a la **STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2004**, I.L. J 694 para, tras señalar que en el caso de una transmisión de empresas que se incluya dentro del ámbito de la Directiva comunitaria ésta “deja libertad a los Estados miembros para determinar cuál sea la suerte reservada al contrato o a la relación de trabajo con el cedente, debiendo precisarse que en modo alguno impone como solución necesaria la conservación del contrato con el transmitente”, afirmar que en nuestro ordenamiento “la subrogación del nuevo empleador se produce *ope legis* y no queda a opción del trabajador oponerse legalmente a la misma. La opción que quedaría al trabajador sería exclusivamente la de la dimisión de su puesto de trabajo no indemnizada, salvo cuando con motivo de la transmisión se introduzcan otros cambios en su relación de trabajo distintos a la mera subrogación personal que permitiesen su resolución indemnizada al amparo de los arts. 40, 41 o 50 del Estatuto de los Trabajadores”.

C) Derechos de los trabajadores

Junto con la delimitación de los requisitos exigibles para que opere la subrogación, otra de las cuestiones más espinosas del régimen jurídico de la sucesión de empresa es la re-

III. Empresario

lativa a la fijación de las condiciones laborales que, una vez operado el fenómeno de la transmisión, van a ser aplicadas a los trabajadores sometidos a ésta. Las últimas reformas legislativas, con incorporación expresa de previsiones sobre el particular, en concreto las que establecen la vigencia “matizada” del convenio de la empresa cedente, no parecen solventar todos los problemas prácticos. Algunas de las resoluciones judiciales recaídas en el período que estudiamos se refieren a esta materia. La **STSJ de Galicia de 18 de marzo de 2004**, I.L. J 1056, debe pronunciarse sobre la reclamación de determinados trabajadores de mantener las mismas condiciones laborales —en concreto en lo relativo a jornada, vacaciones y licencia por asuntos propios— de que disfrutaban en el momento de producirse la subrogación. La Sala sintetiza la doctrina del TS sobre la cuestión indicando que: 1. La sucesión de empresa *ex art. 44 ET* no supone la pérdida automática de las condiciones de trabajo existentes en la empresa cedente, de conformidad con el principio de continuidad de la relación de trabajo que recoge el precepto. 2. Ahora bien, dicho principio no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba. 3. Esto significa que por vía de convenio colectivo posterior al cambio de titularidad se puede proceder a la regulación homogénea de condiciones de trabajo, de tal manera que en el futuro los trabajadores habrán de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulen la relación laboral con el nuevo empleador. La aplicación de esta doctrina al caso de autos, conduce a la Sala a rechazar la pretensión de los trabajadores.

La **STSJ de Galicia de 2 de abril de 2004**, I.L. J 1063, aborda un supuesto de sucesión de concesiones administrativas, donde los trabajadores subrogados disfrutaban de un incremento retributivo equivalente al IPC anual, condición que la nueva concesionaria no aplica. La Sala rechaza la pretensión de los trabajadores de que la nueva adjudicataria le continúe aplicando el incremento mencionado, señalando que “no existe convenio colectivo aplicable, y la demandada al subrogar a las trabajadoras en las anteriores condiciones que tenían reconocidas, según se desprende del pliego de condiciones de la contrata, vino realizando precisamente eso, las condiciones laborales que tenían reconocidas con anterioridad, sin que tuviera reconocido en algún documento derecho a una revisión salarial del IPC ni previsto ni real salvo la existencia de pacto individual o colectivo con los trabajadores, extremo que no consta se produjera”.

Finalmente, en el caso de subrogación analizado por la **STSJ de Canarias (Tenerife) de 12 de abril de 2004**, I.L. J 1124, se da la circunstancia de que la trabajadora en cuestión cesó voluntariamente en la empresa cedente, pasando posteriormente a ser contratada de forma indefinida por la teórica empresa cesionaria. La sentencia, apreciando vicio de consentimiento en la baja voluntaria firmada por la trabajadora con la empresa transmitente, reconoce que la antigüedad de la trabajadora ha de computarse desde la fecha en que estuvo contratada por la cedente. Concluye la Sala señalando que “tiene razón el Juzgador cuando habla de mala fe de la empresa entrante quien, prácticamente conminó a los trabajadores a firmar una baja voluntaria, y hecho un nuevo contrato a los pocos meses, fue la actora despedida por bajo rendimiento, viéndose de esta forma viciada la voluntad de la parte quien, lejos de pensar lo que iba a ocurrir, firmó bajo la apariencia de la indefinición del contrato y de las expectativas halagüeñas que le prometían, por lo que habiendo o existiendo ese vicio, es obvio que la antigüedad le sea reconocida desde que la tenía”.

D) Sucesión de empresa y mantenimiento del mandato representativo

Véase apartado 3.A).

E) Sucesión de contratas y sucesión de empresas

La determinación de la aplicación o no de lo previsto en el art. 44 ET a los supuestos de sucesiones de contratas y concesiones administrativas constituye uno de los principales motivos de conflictividad en materia de sucesión de empresa. Los siempre numerosísimos pronunciamientos recaídos sobre esta cuestión ponen de manifiesto que pese a los muchos esfuerzos jurisprudenciales por perfilar una línea sólida de demarcación entre los casos incluíbles en el ámbito aplicativo del art. 44 ET y los que escapan a sus previsiones, la tarea dista aún de estar concluida. Bien es cierto que la doctrina del TJCE sobre el particular, con frecuentes vaivenes y cambios de orientación, a veces refrendados por el propio legislador, tampoco ha ayudado mucho en la labor, a lo que se une la dispar orientación que en ocasiones ha seguido la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y la correspondiente del comunitario; en algunos apartados de esta crónica se recogen pronunciamientos que, sobre la base del correcto seguimiento de las directrices del TJCE, se apartan de la opinión unificada de nuestro TS [véase apartado 8.H)]. Buena prueba de cuanto hemos indicado es la **STSJ de Cantabria de 21 de abril de 2004**, I.L. J 1008, que recoge un supuesto sumamente peculiar, próximo a la sucesión de contratas pero no directamente coincidente. El supuesto de hecho analizado es el siguiente: La Caja de Ahorros de Cantabria, titular de una Residencia de Personas Mayores, ha venido realizando diversos contratos de mandato de gestión con distintas empresas para la administración de la misma, dándose la circunstancia de que, a su vez, estas empresas gestoras tenían contratado el servicio de limpieza con una concreta entidad mercantil. En un determinado momento la empresa de limpieza comunica a la empresa de gestión de la residencia su deseo de no prorrogar el contrato que les vincula, al tiempo que Caja de Ahorros de Cantabria denuncia el contrato que le vincula con dicha empresa gestora. La empresa de limpieza comunica a sus trabajadores que, tras su cese en la prestación del servicio y la entrada de una nueva empresa adjudicataria de la gestión de la residencia, pasarán a prestar servicios para ella, tal como prevé el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de Cantabria. La Sala debe determinar si la empresa concesionaria del centro estaba obligada a asumir los trabajadores de la subcontratista de limpieza que cesa al hacerse cargo ella misma de la actividad. Para la sentencia el problema presenta dos aspectos: primero, determinar si una empresa está obligada a asumir los trabajadores de una subcontrata cuando finaliza la relación contractual con ésta y ella asume directamente la realización de la actividad hasta entonces subcontratada; segundo, determinar si la asunción por una nueva empresa de un complejo de actividades formado por un actividad principal y sus distintas subcontratas, de forma que las tareas antes desempeñadas por éstas para la anterior empresa principal pasan a ser desempeñadas directamente por la nueva empresa principal, implica la aplicación del art. 44 ET a todo el conjunto. En relación al primer problema, una vez descartada la aplicación del convenio colectivo del sector de limpieza y sus disposiciones en materia de subrogación de plantillas, dado que esta norma no rige

III. Empresario

para la nueva empresa adjudicataria de la gestión (en este sentido la **STSJ del País Vasco de 13 de enero de 2004**, I.L. J 833, señalará “que los ámbitos de sucesión entre empresas no pueden afectar por vía de negociación a quienes están excluidos del ámbito de aplicación del convenio”), la Sala lleva a cabo un detenido estudio de la jurisprudencia del TJCE sobre los requisitos necesarios para la aplicación de la Directiva comunitaria, llegando como colofón a afirmar que “en el supuesto de una organización productiva constituida de manera exclusiva por un grupo organizado de trabajadores, el artículo 44 será de aplicación cuando este grupo es transmitido de una empresa a otra con sus funciones, de forma que la norma impone que no puedan excluirse arbitrariamente trabajadores de la sucesión, pero no lo es si el nuevo empresario no asume los trabajadores vinculados a las tareas de la contrata que se transmite”. La aplicación de esta doctrina al caso analizado conduce a la sentencia citada a afirmar que “si estuviéramos simplemente ante la asunción por la empresa principal de las tareas que antes venía realizando la subcontratista, no habría sucesión por ese mero hecho, sino que para ello sería preciso que el empresario principal asumiera en lo sustancial la organización productiva que venía adscrita a tales tareas (medios materiales, la mayor parte del personal, etc.), lo que aquí no ha ocurrido”. En cuanto al segundo de los aspectos del problema, la Sala es consciente de las especiales características que reúne el supuesto enjuiciado, en el que la anterior empresa adjudicataria de la gestión de la residencia había descentralizado parte de su actividad a través de subcontratas, de forma que la nueva adjudicataria había asumido para sí misma el conjunto de la actividad, incluyendo las tareas que antes desempeñaban las subcontratas e incluso subrogándose en los contratos de los trabajadores de otras subcontratas (*catering*). Ante este hecho, se sostiene que “sí sería cierto que la nueva empresa se ha subrogado en la titularidad de una organización productiva, que engloba dentro de sí los medios materiales para la gestión de la residencia, los trabajadores de la misma y los contratos de servicios de las empresas subcontratistas. ¿Basta por tanto con este dato para que devenga aplicable el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, para entender que se ha producido una transmisión de una organización productiva? A nuestro juicio no, por cuanto dentro de dicha organización productiva transmitida lo que se incluye es el contrato mercantil con las empresas subcontratistas, pero no los contratos de trabajo entre éstas y sus operarios. La rescisión de los contratos mercantiles podrá coincidir o no con el momento de la transmisión del conjunto productivo, pero es a esa rescisión, y no a la transmisión del conjunto de la organización productiva, a la que hemos de prestar atención, puesto que lo decisivo para determinar si ha existido o no sucesión es comprobar si como consecuencia de esa rescisión de contratos mercantiles se ha producido una transmisión de una organización productiva, lo que en este caso no sucede”.

Por lo demás, las sentencias que en este período han analizado la aplicabilidad del art. 44 ET a los supuestos de sucesión de contratas recogen los criterios que sobre el particular parecen consolidados, a saber, la exigencia de transmisión de un mínimo soporte material para que la sucesión de contratas lleve consigo la subrogación del nuevo contratista en los contratos de trabajo del anterior y, en defecto de tal traspaso, necesidad de que la norma sectorial o el pliego de condiciones prevean expresamente el efecto subrogatorio para que éste se produzca. Así, la **STSJ de Murcia de 5 de abril de 2004**, I.L. J 868, citando sentencias del TS señala que “el concepto traslativo no sólo incluye el cambio de titularidad nominativa de la empresa, sino también la transmisión al cesionario de los

elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización básica de la explotación. De no ser así, lo que acaece es únicamente la finalización de una contrata y entrada de un nuevo empleador a quien revierte el servicio o actividad, no ligado al anterior propietario por ningún título traslativo respecto de los elementos materiales”; la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2004**, I.L. J 986, de nuevo acudiendo a la doctrina del TS, afirma que “la contrata no es una empresa sino el derecho a la prestación de un servicio a un tercero, por lo que si en determinadas ocasiones ha podido jugar a efectos del precepto legal como unidad productiva autónoma, en general no se impone la ‘fuerza de ley’ que tiene la subrogación en cabeza del nuevo empresario (...) La continuidad de los contratos de trabajo con el nuevo adjudicatario puede establecerse en los pliegos de condiciones, o en la normativa sectorial aplicable (...) Pero cuando no es así, sólo cabrá la subrogación cuando la nueva concesión lleve aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio, o sea, la puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación”; las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 15 de marzo de 2004**, I.L. J 710, y **de 8 de marzo de 2004**, I.L. J 725, sostienen que “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización básica para la explotación”, añadiendo que en caso de previsión de la subrogación en el convenio, habrá que estar a lo en él establecido en cuanto a su operatividad y alcance; y la **STSJ de Cantabria de 12 de enero de 2004**, I.L. J 684, apoyará estas mismas conclusiones, recordando cómo, tras diversas vacilaciones, “el Tribunal de Luxemburgo también ha venido a coherarse con el criterio del Tribunal Supremo, retomando la noción jurisprudencial de ‘empresa-organización’ (...) con abandono de la tesis de ‘empresa-actividad’”. Un preciso resumen y análisis de todas estas afirmaciones se contiene en la **STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2004**, I.L. J 795, y en idéntico o similar sentido a las anteriores se pronuncian la **STS de 13 de julio de 2004**, I.L. J 972, (Sala Tercera), la **STSJ de Madrid de 12 de enero de 2004**, I.L. J 876, la **STSJ de Galicia de 2 de abril de 2004**, I.L. J 1064, la **STSJ de Extremadura de 7 de junio de 2004**, I.L. J 1098, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de febrero de 2004**, I.L. J 720 y la **STSJ del País Vasco de 13 de enero de 2004**, I.L. J 833.

F) Sucesión de empresa en vía de ejecución

En el supuesto analizado por la **STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2004**, I.L. J 1054, una empresa condenada por despido improcedente pretende reincorporar al trabajador en una tercera empresa respecto de la cual, alega la empresa condenada, se ha producido una sucesión empresarial, pues aunque no ha existido disolución ni extinción de la empresa cedente, ello no es obstáculo, continúa afirmando ésta, para que se produzca la transmisión pretendida. El trabajador disconforme con la decisión interpone recurso de reposición, que es desestimado; posteriormente presenta nuevo escrito, instando incidente de ejecución, por pretender la empresa ejecutada su readmisión en otra que nada tiene que ver con la ejecutada. Dictado auto en el que se acuerda la extinción de la relación labo-

III. Empresario

ral, es recurrido en reposición por la demandada-ejecutada, dictándose un nuevo auto confirmatorio del anterior. El recurso de suplicación frente a este auto desestimatorio es el que da origen a la citada **STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2004**, I.L. J 1054, en la que se afirma que, si bien “el Tribunal Supremo admite la subrogación total o parcial de un tercero en los derechos y obligaciones del inicialmente ejecutado, entre otros supuestos, por transmisión de la empresa, cambio de titularidad o supuestos asimilados”, ello acontece “siempre que el cambio se funde en hechos ocurridos con posterioridad al título ejecutivo”, por lo que en el caso enjuiciado no procede declarar el cambio procesal de partes en el proceso de ejecución porque la sociedad adquirente fue constituida con anterioridad a la presentación de la demanda de origen, “por lo que era perfectamente posible que la empresa presunta sucesora de la ejecutada hubiera sido demandada y oída antes de la constitución del título ejecutivo, sin que conste que con posterioridad a la constitución del mismo se hubiera producido ninguna actividad de transmisión entre la empresa ejecutada y la presunta cesionaria”.

G) Jubilación e incapacidad del empresario y subrogación empresarial

El art. 49.1.g) ET dispone que el contrato de trabajo se extinguirá por muerte, jubilación e incapacidad del empresario, “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44”. La conexión teleológica entre estos dos preceptos, objeto de estudio por las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 28 de abril de 2004**, I.L. J 1113, de **23 de marzo de 2004**, I.L. J 1114, y de **1 de junio de 2004**, I.L. J 1115, supone que la presencia de las causas extintivas previstas no justifican por sí solas la extinción de los contratos “dado que tal justificación requiere que las mismas ocasionen, a su vez, el cese del negocio”. Si éste continúa después de la concurrencia de las circunstancias mencionadas, “es obvio que no puede entrar en acción el art. 49.1.g), y por ende no pueden quedar válidamente extinguidos los contratos de trabajo”. Y ello es así, porque la extinción de las relaciones laborales no se centra tanto en la concurrencia de la jubilación, muerte o incapacidad del empresario individual, “como en el hecho de que éstas hayan determinado la desaparición o cese de la actividad empresarial”, produciéndose un doble encadenamiento causal: la jubilación (o la muerte o la incapacidad) del empresario ocasiona el cierre de la explotación, y este cierre, provocado por aquella causa, justifica la extinción de los contratos. Ahora bien, la presencia de las dos concausas no tiene por qué producirse de manera simultánea, pues como indican las **SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 28 de abril de 2004**, I.L. J 1113, de **23 de marzo de 2004**, I.L. J 1114, y de **1 de junio de 2004**, I.L. J 1115, “no es absolutamente necesario que el momento de la jubilación y el cierre de la empresa, con las consiguientes extinciones de las relaciones de trabajo, sean totalmente coincidentes, puesto que entre uno y otros puede mediar un plazo prudencial. La finalidad de este plazo en los supuestos de jubilación es, fundamentalmente, el facilitar la liquidación y cierre del negocio o incluso su posible transmisión”. En cuanto a la duración del mencionado plazo, se señala que no es posible fijar reglas generales, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso. En los supuestos analizados se estima que los siete años transcurridos desde la jubilación del empresario y el cierre del negocio “exceden por completo de cualquier clase de ‘plazo prudencial’”, razonándose *ex abundantia*, que si se admitiera la posibilidad de que la jubilación actuara como causa de extinción de los contratos cualquiera que fuese el

tiempo transcurrido desde que aquélla tuvo lugar, en realidad lo que tal jubilación produciría en relación a esos contratos sería “una verdadera novación de los mismos, pues con este sistema éstos quedaría sujetos, a partir de tal jubilación, a una condición resolutoria potestativa, dado que se dejaría a la voluntad del empresario jubilado la facultad de disponer la extinción de los contratos cuando le pareciese oportuno. Y ni existe base legal alguna que permita apreciar la existencia de esa novación, ni está admitido en nuestro ordenamiento laboral que el contrato de trabajo esté sujeto a una condición resolutoria potestativa dependiente de la voluntad del empresario”.

Por lo que concierne a la incapacidad del empresario, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de marzo de 2004, I.L. J 712, tras precisar, de acuerdo con la doctrina del TS, que para la producción de efectos extintivos no es necesario la concurrencia de una causa civil de incapacitación ni una incapacidad invalidante declarada por la correspondiente entidad Gestora de la Seguridad Social sino “que es suficiente una inhabilidad manifiesta de hecho que impida al empresario, persona física, desarrollar sus funciones directivas”, recuerda también que el art. 49.1.g) ET no exige que el cese de los trabajadores por este motivo se produzca simultáneamente y en un plazo determinado, siendo bastante que no se rebase un plazo prudencial, variable según las circunstancias de cada caso y necesario para proceder a la liquidación de la empresa a partir de la exteriorización de la causa determinante de la incapacidad. En el caso de autos, el empresario, titular de una explotación agrícola, decide cesar en su actividad debido a su avanzada edad, 87 años, dando por extinguida la relación laboral que le vinculaba al recurrente. Al tiempo de su cese, arrienda parte de las parcelas que componen la finca agraria (las dedicadas única y exclusivamente a regadío) a un tercero, al que el trabajador pretende seguir ligado al entender que ha existido subrogación empresarial. La Sala desestimará el recurso afirmando “que no existe transmisión de explotación, ni maquinaria, ni aperos, ni trabajadores, del empresario (...) [al tercero], sino tan sólo el arriendo de parte de las fincas de la explotación”.

H) Subrogación contractual

La STS de 29 de junio de 2004, u.d., I.L. J 914 y la STS de 7 de julio de 2004, u.d., I.L. J 945, representan dos pronunciamientos más a añadir a la larga lista de sentencias del TS que, en unificación de doctrina, han debido entrar a resolver la controversia suscitada como consecuencia del proceso de subrogación operado entre “Iberia LAE, SA” y “Eurohandling, UTE” –o Ineuropa Handling UTE–, con motivo de la adjudicación a esta última entidad del servicio de asistencia en tierra de aeronaves y pasajeros. Se reitera la ya tantas veces comentada doctrina según la cual en estos supuestos “no se trata de una verdadera sucesión de empresas en los términos que contempla el art. 44.1 del ET, porque para ello habría sido preciso, no sólo la subrogación de trabajadores impuesta en el pliego de condiciones, sino además un verdadero cambio de la titularidad del contratista acompañado de la transmisión, por parte del antiguo al nuevo, de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación, mientras que en

III. Empresario

el presente caso lo acaecido fue simplemente haberse dado entrada a una nueva empresa que, junto con la anterior y en régimen de competencia con ella, ha venido a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo realizada por una sola en régimen de monopolio”. Siendo ello así, nos encontramos ante una novación de contrato por cambio de empleador que, de conformidad con el art. 1205 del Código Civil y a diferencia de lo que derivaría de la aplicación del art. 44 ET, exige el consentimiento de los trabajadores afectados, “sin que ese consentimiento pueda estimarse sustituido por los representantes legales o sindicales que intervinieron en el Acuerdo celebrado con ambas empresa interesadas (...)”.

Pese a la consolidación en la jurisprudencia del TS de la doctrina recién expuesta, el TSJ de Canarias (SSTSJ de Canarias, Las Palmas, de 31 de marzo de 2004, I.L. J 1135; de 31 de marzo de 2004, I.L. J 1136; de 22 de abril de 2004, I.L. J 1137, y de 25 junio de 2004, I.L. J 1142) viene manteniendo una posición diversa, de la que ya nos hemos hecho eco en crónicas precedentes (véase *Justicia Laboral*, núm. 19, 2004) a cuyos comentarios nos remitimos.

Sobre la diferenciación entre este supuesto de subrogación y la que tiene lugar *ex art.* 44 ET véase también la argumentación contenida en la STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2004, I.L. J 694, comentada en el apartado 8.B).

JESÚS CRUZ VILLALÓN

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

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

A) Período de prueba. B) Precontrato. C) Novación contractual. **3. Contratación tempo-**

ral. A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) Contrato de interinidad. B) Reglas generales.

a) Conversión en indefinido. b) Condiciones laborales de los trabajadores temporales.

4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos. A) Contrato fijo discontinuo.

5. Contratos formativos. A) Contrato en prácticas. B) Contrato para la formación.

6. Contratación en la Administración Pública. A) Trabajadores indefinidos no fijos al servicio de la Administración Pública. B) Irregularidades en la contratación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado las sentencias correspondientes a las revistas de *Información Laboral* núm. 5, 6, 7 y 8 de 2004. Cabe destacar, entre ellas, la **STS de 15 de junio de 2004**, I.L. J 917, que resuelve un supuesto de interpretación de norma convencional que viene a reconocer a los trabajadores fijos el derecho de opción en los supuestos de despido improcedente y determina que ésta no es aplicable a los trabajadores temporales cuyo contrato se ha convertido en fijo por tratarse de un supuesto de contratación en fraude de ley.

2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**A) Período de prueba**

En relación con el pacto de prueba debe reseñarse la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2004**, I.L. J 675, que viene simplemente a constatar la posibilidad de que éste se concierte en la relación especial del personal de alta dirección.

Por otra parte, la **STSJ de Baleares de 22 de marzo de 2004**, I.L. J 1079, admite la licitud extintiva durante el período de prueba pactado en un segundo contrato con el mismo trabajador dado que:

“(…) sentado el extremo de que no atienden ni realizan las mismas funciones, el previo desempeño por el actor de un puesto de Técnico de Operaciones no obsta a la validez del pacto de prueba previsto al ser contratado para el puesto de Técnico de Planificación”.

B) Precontrato

La STSJ de Cantabria de 4 de marzo de 2004, I.L. J 692, viene a considerar que es perfectamente ajustado a derecho el pacto precontractual por el que las partes se obligan a indemnizarse en caso de incumplimiento en una cuantía equivalente a tres meses de salario, entendiéndose que esta cláusula “no tiene ninguna naturaleza abusiva sino acomodada a las circunstancias del incumplimiento previsto”.

C) Novación contractual

La STS de 7 de julio de 2004, I.L. J 945, puntualiza que repartirse entre dos empresas el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo desempeñada por una de ellas no constituye sucesión empresarial y, en este sentido:

“(…) el hecho de intentar imponer a determinados trabajadores de la primera empresa el paso a la segunda supone una verdadera novación de contrato por cambio de empleador y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores de dichas obligaciones”.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Son numerosas las resoluciones que en el período analizado se refieren a distintos aspectos del régimen jurídico del contrato por obra o servicio determinado, aunque no aporten grandes novedades, dado que se refieren a cuestiones conocidas y resueltas por la jurisprudencia. En todo caso no nos ocuparemos en este epígrafe de todas ellas, ya que son varias las que se refieren a la conversión del contrato en indefinido, por lo que se analizarán en este otro epígrafe.

Al margen por lo tanto de éstas, debe reseñarse aquí, en primer lugar, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de marzo de 2004, I.L. J 706 y la STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2004, I.L. J 1037, que resuelven sobre la ilicitud de destinar al trabajador contratado por obra o servicio a actividades distintas a ésta. En este sentido, siguiendo la jurisprudencia consolidada, señala la primera de las resoluciones que:

“(…) la ejecución del contrato debe respetar el objeto previsto en la contratación, so pena de desvirtuarse la contratación temporal celebrada y convertirse en por tiempo indefinido, y ello como consecuencia del fraude de ley”.

IV. Modalidades de Contratación

En segundo lugar, en relación con el objeto del contrato, la **STSJ de Extremadura de 11 de marzo de 2004**, I.L. J 865, viene a puntualizar la necesidad de que éste se concierte ante un trabajo “que previsiblemente tuviera una duración limitada en el tiempo”, no admitiendo que se perfeccione en supuestos “de una ampliación de la carga de trabajo de duración previsiblemente indefinida”. De otra parte, la **STSJ de Extremadura de 11 de junio de 2004**, I.L. J 1099, reitera la doctrina relativa a la imposibilidad de que la Administración Pública utilice esta modalidad contractual cuando la condición de que se hace depender sea la existencia de una subvención:

“En todo caso, de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas.”

Respecto, en tercer lugar, de la duración del contrato, deben destacarse las resoluciones referidas a la vinculación del contrato por obra o servicio a una contrata. La **STSJ del País Vasco de 27 de enero de 2004**, I.L. J 828 y la **STSJ de Madrid de 12 de enero de 2004**, I.L. J 876, se refieren a la conocida cuestión de la determinación de la duración del contrato por obra o servicio en función de la de la contrata reseñando que “la terminación de la contrata determina el cese del contrato temporal”.

La **STSJ de Galicia de 29 de enero de 2004**, I.L. J 813 y la **STSJ de Castilla y León de 7 de enero de 2004**, I.L. J 737, se centran concretamente en la posibilidad de que la rescisión parcial de la contrata comporte la resolución del contrato por obra o servicio:

“Es legítimo que el cese de los trabajadores se produzca cuando la realización paulatina de las correspondientes unidades de obra hagan innecesario el número de los contratados para su ejecución, debiendo reducirse este número de acuerdo con la disminución total del volumen de la obra realizada.”

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2004**, I.L. J 993, en relación con la causa del contrato eventual resuelve la conocida cuestión referida a la ilicitud del contrato eventual pactado “sin que se hiciese la más mínima alusión a la existencia de una situación excepcional determinante de un exceso anormal de las necesidades habituales de la empresa que no pudiesen ser atendidas con la plantilla ordinaria”, dándose la circunstancia además de que el trabajador desempeñaba la tareas que se configuraban como permanentes y habituales de la empresa.

De otro lado, respecto de la duración del contrato, la **STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2004**, I.L. J 1055, declara que no se ajusta a derecho el contrato eventual que supera el tiempo máximo legal (12 meses), reseñando que:

“(…) el contrato temporal requiere necesariamente un término y que éste rige la vigencia del contrato al margen de las circunstancias que justifican el recurso a la contratación

temporal, lo que obliga a las partes, y en especial a la empresa, que es la que cuenta con la información necesaria para ello, a establecer siempre un término o someterse al máximo, sin perjuicio del recurso a las prórrogas cuando la duración fijada no supere la máxima y subsista la necesidad de trabajo temporal”.

c) El contrato de interinidad

En relación con esta modalidad contractual, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de marzo de 2004**, I.L. J 674, viene a referirse a una interesante cuestión centrada en la licitud de la extinción de un contrato de interinidad por vacante aun habiéndose declarado nulo parcialmente el proceso de selección por el que se cubrió la plaza:

“(…) la anulación de un proceso de selección para la cobertura de plazas en la Administración Pública no comporta automáticamente el cese del trabajador que fue contratado al amparo de dicha convocatoria anulada; sino que dicha anulación genera causa legal para que el empresario, en este caso la Administración Pública, pueda proceder a la extinción del contrato; pero no con la finalidad de retrotraer la situación al momento anterior al de la adjudicación de la plaza, haciendo resucitar un contrato de interinidad ya extinguido, sino para dar posibilidad de ocupar la referida plaza al trabajador que de modo definitivo le sea adjudicada la plaza en el concurso, una vez que concluya por las causas legales”.

De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2004**, I.L. J 758, también se ocupa de un contrato de interinidad por vacante celebrado en este caso por Correos y Telégrafos. Concretamente, el supuesto planteado se refiere a un contrato de interinidad por vacante en vigor durante más de tres meses y se discute si éste se ajusta o no a derecho teniendo en cuenta que la empresa referida ha dejado de formar parte de la Administración Pública. Pues bien, la sentencia citada viene a señalar:

“La utilización de esta modalidad contractual, que no puede ya aceptarse, convierte a la contratación a que nos venimos refiriendo en irregular sin que tampoco le sea ya aplicable a la demandada la doctrina de que las irregularidades que cometa en la contratación laboral no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza.”

Finalmente, la **STSJ de Castilla y León de 13 de abril de 2004**, I.L. J 1116, declara que no se ajusta a derecho el contrato de interinidad por vacante pactado con una trabajadora contratada por el Hospital Militar desde 1993, en el que, desde siempre, ha desempeñado funciones de planchadora y costurera, “sin que en ningún momento se haya acreditado no ya sólo cuál fuera esa plaza sino su existencia misma”:

“No se trata de exigir que en el contrato se hubiera identificado como requiere textualmente el precepto porque podía tratarse de una plaza del cuadro numérico identificada por otros medios; ni tampoco se trata de exigir que el contrato no hubiera tenido duración superior a la del año, sino de exigir la justificación de la causa por la que la contratación

IV. Modalidades de Contratación

temporal se admite en estos casos, que se centra en la realidad de una plaza preexistente y vacante en la Administración contratante.”

B) Reglas generales

a) Conversión en indefinido

Respecto de la declaración del carácter indefinido de relaciones de trabajo concertadas por tiempo determinado, encontramos varias resoluciones en el período analizado. Así, además de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de febrero de 2004**, I.L. J 984, que declara la adecuación extintiva del contrato temporal y, por tanto, la no conversión por tiempo indefinido y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2004**, I.L. J 673, que considera que no constituye fraude de ley la contratación sucesiva en períodos de treinta días, por una parte, deben destacarse las referidas precisamente a supuestos de contratación temporal sucesiva en fraude de ley; y, por otra, las que resuelven supuestos de contratos temporales celebrados sin concurrencia de causa de temporalidad alguna.

Respecto de las primeras, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de enero de 2004**, I.L. J 709, determina la conversión en indefinida de la relación laboral constituida mediante la concatenación de nueve contratos por obra en los que no se identifican obras o servicios determinados y concretos realizando el trabajador “la misma o similar actividad, permanente y habitual dentro de la que corresponde al Ayuntamiento demandado”.

Por otro lado, la **STSJ de Galicia de 26 de enero de 2004**, I.L. J 812, declara que resulta por tiempo indefinido la relación concertada a través primero de un contrato eventual y posteriormente de un contrato por obra, siendo ajustado a derecho el primero de ellos y habiéndose concertado el segundo en fraude de ley:

“(…) las novaciones aparentes de los contratos temporales posteriores al inválido, carecen de valor para transformar en temporal una relación indefinida ya constituida como tal entre las partes. Y aunque el fraude de ley se produzca en el último de los contratos temporales suscritos, la solución no sería diferente (…).”

En el supuesto contrario, esto es, siendo el primer contrato eventual el celebrado en fraude de ley y el segundo por obra el que se ajusta a derecho las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 3 y 9 de marzo de 2004**, I.L. J 982 y 993, vienen a declarar que “(…) no ajustándose el contrato eventual suscrito por la actora a los principios básicos reguladores del mismo, la consecuencia de ello derivada es la transformación de dicho contrato en un contrato por tiempo indefinido, por aplicación del art. 15.3 del ET, y aun cuando el segundo contrato formalizado bajo la modalidad de obra o servicio determinado, sí que se ajustaba a la legalidad, pudiéndose considerar correcto en su formulación, sin embargo la relación laboral ya venía viciada, lo que privaba a éste de validez, de tal forma que la notificación de conclusión del mismo, no legitimaba el cese de la relación laboral (…).”

En segundo lugar, respecto de la falta de temporalidad, la **STSJ de Extremadura de 11 de mayo de 2004**, I.L. J 1093, declara que se convierte en indefinida la relación laboral de los trabajadores contratados por el Ayuntamiento de Mérida por obra o servicio cuando el objeto especificado en los mismos es “la realización de obras o servicios de interés colectivo, gestión administrativa, conservación y mejora de infraestructuras, cofinanciado con el Fondo Social Europeo del Programa operativo FSE-Extremadura”. De acuerdo con ello, la resolución que comentamos concluye que no se cumple con esta referencia la exigencia legal en relación con el objeto del contrato por obra:

“(…) pues primero se alude en ellos a unas actividades en las que entran, prácticamente, todas las que desarrollan los Ayuntamientos que son, en principio, de interés colectivo y después a una actuación de la que se dice su finalidad, pero no la actividad en que va a consistir, con lo cual no se identifica con precisión y claridad la obra o servicio que constituye su objeto dada la generalidad con que en ellos se define su objeto”.

De otra parte, la **STSJ de Castilla y León de 1 de marzo de 2004**, I.L. J 722, declara que se convierte en indefinida la relación laboral pactada como temporal entre la secretaria y la Junta Vecinal en la que queda probado que las tareas desempeñadas por aquélla no son sino las permanentes y habituales de ésta: “las funciones de la actora, como Secretaria de la Junta Vecinal, consistían en levantar las respectivas actas de las reuniones de la Junta Vecinal y realización de labores de contabilidad y gestión de la citada Junta”. También la **STSJ de Castilla y León de 20 de enero de 2004**, I.L. J 735, declara que se convierte en indefinida la relación laboral pactada como temporal entre un Ayuntamiento y el trabajador cuando no se especifica en el contrato ni la causa de la temporalidad misma, dejándose ésta al arbitrio de la empleadora, viciando de nulidad la temporalidad pactada”.

b) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Varias resoluciones del TSJ de Asturias, concretamente, las **SSTSJ de 30 de enero de 2004**, I.L. J 755; **6 de febrero de 2004**, I.L. J 772 y 773, y **13 de febrero de 2004**, I.L. J 774, se pronuncian respecto del carácter discriminatorio o no para los trabajadores temporales del plus de antigüedad a través de trienios que reconoce el art. 29 del convenio colectivo para el personal laboral del Principado de Asturias. El citado precepto regula este plus de antigüedad como retribución “haciendo depender su percepción únicamente del tiempo de servicios prestados que es de tres años, sin condicionarlo a otros requisitos”. De este modo, las sentencias reseñadas concluyen que:

“(…) ni un solo apartado de la norma convencional apunta aun tangencialmente el más mínimo intento discriminatorio a estos efectos de las relaciones laborales (...) el art. 29.2.c) del convenio colectivo regulador de la antigüedad maneja únicamente el concepto de servicio efectivo cuya prestación concurre cualquiera que sea la naturaleza del vínculo”.

IV. Modalidades de Contratación

También en relación con el derecho al reconocimiento de los trienios, la STSJ de Castilla y León de 5 de abril de 2002, I.L. J 1152, resuelve que:

“Consta como probado que el personal laboral fijo al servicio de la demandada que, en su caso, lo hubiera interesado, tiene reconocido, a los efectos del devengo del Complemento Salarial por antigüedad, los períodos de servicios previos prestados a la Administración Sanitaria, de donde resulta que procede reconocer dicho derecho a los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada, a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores.”

Por otra parte, debe destacarse una resolución interesante: la STS de 15 de junio de 2004, I.L. J 917, que resuelve un supuesto de interpretación de norma convencional que viene a reconocer a los trabajadores fijos el derecho de opción en los supuestos de despido improcedente. Concretamente, la cuestión se centra en determinar si este derecho debe también entenderse reconocido a los trabajadores temporales aunque acaben considerados como indefinidos no fijos debido a la probada irregularidad de su contratación. Pues bien, la sentencia señala que:

“(…) el precepto en cuestión sigue diciendo lo mismo y lo que indiscutiblemente dice es que sólo se les aplicará a los trabajadores contratados como fijos en origen, por lo que en interpretación *a contrario* no cabe sino deducir que no está previsto para los trabajadores contratados como temporales aunque devengan fijos”.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato fijo discontinuo

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de febrero de 2004, I.L. J 717, y la STS de 7 de julio de 2003, I.L. J 933, vienen a delimitar la diferencia entre el contrato fijo discontinuo y el contrato por obra o servicio determinado en sendos supuestos de contratación para prestación de servicios normales y permanentes de la Administración Pública.

En la primera de las resoluciones, se trata de las campañas de saneamiento ganadero que anualmente realiza la Consejería de Agricultura de la Junta, actividad que constituye exigencia normal y permanente de la misma “por más que no se extiendan los trescientos sesenta y cinco días del año”:

“(…) sin que resulte admisible la tesis de hallarnos ante contratos temporales para servicio determinado (el celebrado para cada una de las anualidades), con el argumento de que el llamamiento de cada uno de los reclamantes se hallaba sujeto a las disponibilidades presupuestarias, al poder variar las previsiones anuales en atención a las características de cada temporada, y ello porque si bien tal es el posicionamiento que nuestra jurisprudencia ha venido manteniendo en supuestos de contratación para campañas de prevención y extinción de incendios, no cabe mantener igual criterio en supuestos en que la campaña de saneamiento ganadero es una obligación que le viene impuesta a la Junta legalmente y con carácter anual”.



De acuerdo con ello, el Tribunal declara que la falta de llamamiento de los trabajadores ha de interpretarse como constitutiva de un despido improcedente.

En la segunda de las sentencias mencionadas, el TS en unificación de doctrina declara que la diferencia entre ambas modalidades contractuales se centra en determinar si la actividad en sí misma es o no permanente o puede adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público. Concretamente, en el supuesto planteado respecto de las actividades deportivas y de piscina ofrecidas por la correspondiente Consejería automática, asumiendo el carácter permanente de la actividad la resolución concluye que:

“(…) consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad, que permanece en el tiempo al menos desde el año 1996”.

Y, a partir de esta conclusión, declara el TS que los contratos suscritos por los demandantes deben considerarse celebrados como “contratos de carácter discontinuo e indefinido (y no fijo al ser empleadora una administración pública)”.

Por otro lado, las SSTSJ de Castilla y León de 9 y 18 de marzo de 2004, I.L. J 1165 y J 1164, determinan que se ajusta a derecho, por aplicación del art. 12.4.e) ET, la conversión voluntaria por parte del trabajador de un contrato indefinido a tiempo completo en un contrato fijo discontinuo cuando ésta tiene lugar “como consecuencia de decisión empresarial adoptada previo acuerdo con las centrales sindicales representantes de los intereses de la plantilla, a modo de modificación sustancial de las condiciones de trabajo del art. 41 del ET”.

5. CONTRATOS FORMATIVOS

A) Contrato en prácticas

Respecto de esta modalidad contractual, en primer lugar, la STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2004, I.L. J 769, viene a reseñar que ha de entenderse celebrado en fraude de ley el contrato suscrito para la adquisición de formación práctica de un trabajador que acredita título de Técnico Especialista en Mantenimiento Eléctrico-Electrónico cuando queda probado que las tareas realizadas no se correspondían con las propias de su grupo:

“(…) el contrato suscrito no cumplió su finalidad propia, que era proporcionar una formación práctica, no genérica sino adecuada al nivel de estudios cursados por el trabajador y no le sirvió para adquirir experiencia práctica en la especialidad de mantenimiento eléctrico-electrónico”.

IV. Modalidades de Contratación

La STSJ de Cantabria de 2 de junio de 2004, I.L. J 1013, por otra parte viene a considerar que no desvirtúa el contrato en prácticas la exigencia al trabajador de realizar tareas que superen las exigibles al título acreditado:

“(…) la calificación del contrato ha de hacerse en función de que las tareas desempeñadas por el trabajador le permitan la adquisición de experiencia relacionada con su titulación, pero que no se trata exactamente de unas prácticas profesionales que se encuadren en un itinerario formativo preestablecido, sino que ha de efectuarse una valoración más abierta (…). De ahí que la práctica profesional exija un nivel de cualificación mínimo, de forma que habitualmente se rechace la calificación del contrato en prácticas para los trabajadores que parten de una titulación muy superior a las tareas encomendadas, pero no cuando la experiencia ofrecida por el trabajo se encuentra en los límites superiores de la cualificación, salvo que la diferencia sea de tal entidad que produzca auténtico salto cualitativo”.

B) Contrato para la formación

Resulta reseñable en relación con esta modalidad contractual, por una parte, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de marzo de 2004, I.L. J 716, que declara que esta modalidad contractual puede ser utilizada perfectamente con objeto de completar la educación obligatoria si el trabajador no la tuviera, según lo dispuesto por el art.12.2.e) del ET. Y, por otra, la STSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004, I.L. J 1082, que declara que ha de considerarse celebrado en fraude de ley el contrato para la formación pactado sin acreditarse por parte de la empresa ni la formación teórica ni la realización de actividad alguna de seguimiento:

“(…) toda la formación impartida se limitó a la entrega de dos volúmenes remitidos por la empresa con la que se había contratado la formación a distancia, mientras que el tiempo de trabajo fue idéntico al de los demás trabajadores”.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Trabajadores indefinidos no fijos al servicio de la Administración

Las SSTSJ de Asturias de 20 de febrero de 2004, I.L. J 777, y de Galicia 2 de abril de 2004, I.L. J 1062, y la STS de 3 de junio de 2004, I.L. J 923, abordan la conocida cuestión del carácter indefinido no fijo de los trabajadores contratados de forma temporal en fraude de ley por parte de la Administración Pública reiterando la jurisprudencia consolidada:

“(…) la contratación irregular de trabajadores temporales no produce los efectos de la fijeza que conforme al art. 15 del Estatuto de los Trabajadores sería la consecuencia natural en una relación entre personas naturales o jurídicas privadas, sino que convierte la relación en indefinida no fija”.

Asimismo, la última de las resoluciones citadas, se pronuncia sobre los efectos que el derecho de opción tiene en estos casos cuando se opta precisamente por la readmisión tras la declaración de improcedencia del despido:

“(...) mientras está claro que su readmisión como fijo de plantilla sería inaceptable por contradictorio con las exigencias legales y constitucionales, la readmisión como indefinido no fijo en estos casos no repugna a aquellos principios porque en cualquier caso el trabajador no ocupará nunca una plaza de las recogidas en la correspondiente ‘relación de puestos de trabajo’ y la Administración que optara por la readmisión podría prescindir en el futuro de ese mismo trabajador por cualquier otra causa legal (...)”.

B) Irregularidades en la contratación

La STSJ de Extremadura de 11 de junio de 2004, I.L. J 1101, viene a aplicar la doctrina sólo a los efectos que para la Administración Pública como empresa tiene el error en la modalidad contractual escogida en un supuesto en el que la trabajadora es contratada sucesivamente como eventual para cubrir períodos de vacaciones cuando en realidad se cubría una plaza vacante no cubierta reglamentariamente. En este sentido, el cese de la trabajadora se considera nulo y su contrato vigente hasta la cobertura de la plaza que en realidad ocupa la misma.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO

LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

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

a) Salario en especie. Inaplicación del límite del 30 por 100 del salario total. La cantidad que excede del límite legal se integra en la remuneración pactada. b) Complemento de nocturnidad. Turno de noche a jornada completa. Derecho al percibo. No se devengan los días de descanso ni los festivos. El incremento por nocturnidad sólo se devenga por tiempo real y efectivo trabajado. c) Plus de transporte. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: indemnización y cantidad global por los conceptos de salarios de tramitación, saldo y finiquito pactados en conciliación judicial. **2. Jornada de trabajo.** A) Horas extraordinarias. Servicios de Salud del Principado de Asturias. B) Tiempo de comida. Condición más beneficiosa. **3. Pacto de no competencia.** A) Pacto de no competencia. Nulidad de la cláusula de desistimiento del empresario. **4. Clasificación profesional.** A) Clasificación profesional. Reconocimiento. Prescripción de la acción. B) Clasificación profesional: Fijación del contenido de la prestación laboral. C) Clasificación profesional. Encuadramiento. Funciones diferenciadas entre categorías profesionales. D) Clasificación profesional. Contenido de la modalidad procesal. Improcedencia del recurso de suplicación. **5. Movilidad geográfica.** A) Renfe. Maquinista. Proceso de movilidad. Consolidación de plaza ocupada en situación de residencia provisional. Improcedencia. B) Desplazamiento. *Ius variandi*. Facultades organizativas y de dirección de la empresa. No cabe indemnización a favor de los trabajadores, salvo que exista pacto entre afectados y empresa. C) Movilidad geográfica. Traslados. Indemnización. Existencia de trasla-

do no de comisión de servicio, efectuado unilateralmente por la empresa. D) Renfe. Cobertura temporal de plazas. La preferencia de la movilidad funcional sobre la geográfica es dentro de una misma categoría. Estimación de la demanda al declararse la preferencia del actor a ostentar la misma categoría de la plaza vacante. E) Extinción contractual indemnizada. Desestimación. Traslado de centro de trabajo que no exige cambio de residencia. **6. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Nulidad por no seguir procedimiento fijado en el art. 41.4 ET. No equivale al procedimiento citado el mero informe de la decisión adoptada unilateralmente por la empresa, ni la votación de los afectados. B) Conflicto colectivo. Desestimación. Implantación de nuevo sistema de medición de tiempo. No supone modificación sustancial de condiciones. C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo: Modificación de la jornada regulada en acuerdo o pacto colectivo. D) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Sistema de incentivos que afecta al sistema retributivo y a la forma de prestar el servicio. Implantación unilateral de la empresa. Nulidad. E) Conflicto colectivo. Modificación de condiciones de trabajo. Plazo de ejercicio de las acciones relacionadas con el art. 41 ET. F) Rescisión contractual indemnizada. Estimación. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio de la dignidad personal y profesional del actor. G) Conflicto colectivo. Procedimiento. Afecta a un grupo genérico de trabajadores, con interés general e indivisible. Condición más beneficiosa. *Ius variandi*. **7. Excedencia voluntaria.** A) Excedencia voluntaria. Reingreso. Estimación. Derecho preferente. B) Excedencia voluntaria. Solicitud de prórroga sin reconocimiento expreso de la empresa. Extinción del contrato por voluntad unilateral del trabajador. C) Excedencia voluntaria. Reconocimiento del derecho a la excedencia voluntaria. **8. Suspensión del contrato de trabajo.** A) Suspensión de la relación laboral. Expediente de regulación de empleo. No constituye faltas de asistencia al trabajo y no excluye el devengo de la participación en beneficios.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 5 a 8 de 2004 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 673 a J 1192).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Salario en especie. Inaplicación del límite del 30 por 100 del salario total. La cantidad que excede del límite legal se integra en la remuneración pactada

En materia de percepciones salariales en especie, el artículo 26.1 LET establece una norma imperativa y que, por lo tanto, no puede ser incumplida. Conforme al referido precepto, en ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador” y, en consecuencia, cualquier pacto o convenio que altere tal disposición es nulo, debiendo limitarse la percepción en especie en el sentido indicado por la norma. Ahora bien, aun cuando tal pacto fuese nulo, ello no puede suponer negarle todo efecto al mismo, pues si el empresario no ha abonado al trabajador la manutención y alojamiento en determinados meses, ello no puede llevarnos a la aplicación automática de dicho límite en perjuicio del trabajador que ha estado contratado durante ese período y tiene derecho al salario en especie, por lo que la cantidad que excede de ese límite se integra dentro de la remuneración pactada como si de una cláusula válida se tratase, de conformidad con el artículo 9.2 LET (STSJ de Murcia de 23 de febrero de 2004, I.L. J 1067).

b) Complemento de nocturnidad. Turno de noche a jornada completa. Derecho al percibo. No se devengan los días de descanso ni los festivos. El incremento por nocturnidad sólo se devenga por tiempo real y efectivo trabajado

La cuestión litigiosa planteada se circunscribe a determinar si a las actoras, que prestan servicios para la empresa demandada como auxiliares de clínica, adscritas permanentemente al turno de noche a jornada completa de las 22 horas a las 6 horas, les corresponde percibir el plus de nocturnidad íntegramente en la cuantía que se fija en el Anexo 8 del citado Convenio, o si, por el contrario, como sostiene la demanda, dicho plus les debe ser abonado a razón de las horas efectivamente trabajadas, con exclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias y los días de descanso.

Para la adecuada solución de la litis la STSJ de Cataluña de 23 de enero de 2004, I.L. J 770, parte de la regulación legal y convencional del plus de nocturnidad. El artículo 36.1 LET establece lo que ha de entenderse por trabajo nocturno, en declaración que constituye el principio general y lo será el que transcurra entre las 10 de la noche y las 6 de la mañana, disponiendo a continuación la necesidad de una retribución específica, cuya regulación desplaza al convenio colectivo. La excepción la constituye el hecho de que el salario haya sido establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza.

En torno al abono del plus de nocturnidad, señala la STS de 15 de septiembre de 1995 que es doctrina sólida de nuestros tribunales que a) el complemento salarial de trabajos nocturnos no se devenga los días de descanso semanal ni los festivos; b) tampoco se abo-

na en los permisos y licencias retribuidos. Otra cosa acontece respecto de las vacaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT por el que se garantiza para el salario vacacional “por lo menos su remuneración normal o media”; esto es, que el valor promediado del plus de nocturnidad debe repercutir en la retribución de las vacaciones.

Ahora bien, nada impide que las partes negociadoras de un convenio, en el ejercicio de la autonomía colectiva que les reconoce el artículo 82.1 LET, puedan convenir distinto sistema más beneficioso para la parte social. En el presente caso, resulta que el artículo 26 del CC Nacional de Cataluña para Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia en el ámbito de la Sanidad Privada, para los años 2001, 2002 y 2003, establece que “el plus de nocturnidad consistirá en un 25 por 100 del salario pactado (salario de convenio), en los anexos 1 y 2, según se indica en el anexo 8 para cada provincia” y que: Este plus se abonará proporcionalmente por las horas trabajadas en el período comprendido entre las 22 horas y las 6 horas, salvo que el salario se haya establecido atendiendo a que el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza. Dicha norma convencional fija, pues, el importe del complemento, y seguidamente, en cuanto al abono del plus, no parece ofrecer duda alguna el propósito de la norma, pues sin necesidad de interpretación lógica o sistemática se infiere de su propia literalidad que dicho plus de nocturnidad ha de retribuir las horas efectivamente trabajadas en horario nocturno —el comprendido entre las diez de la noche y las seis de la mañana—, con un incremento del 25 por 100 de lo que corresponde a una retribución ordinaria en función del salario base aplicable a cada trabajador. Tan sólo las horas trabajadas en horario nocturno han de ser retribuidas con el incremento del 25 por 100 sobre el precio de la hora ordinaria, lo que se traduce en que sólo el tiempo real, verdadera y efectivamente se trabaje por la noche es abonado en calidad de nocturno, sin que su módulo de cálculo pueda incrementarse con la parte proporcional de gratificaciones extraordinarias, ni quepa hacer transferencia, traslado, transmisión alguna a otros períodos de tiempo que, no sólo no son trabajados por la noche, sino que ni siquiera son trabajados. Sin que del anexo 8 del Convenio, que se limita a reproducir la tabla del salario base o salario del convenio, pueda deducirse solución contraria a la expuesta.

c) Plus de transporte. Fijación de un criterio homogéneo para determinar su carácter salarial o extrasalarial

En materia de dietas y gastos de locomoción, las normas de Seguridad Social hacen una remisión a la normativa tributaria, mientras que, para el plus de transporte se ha creado un concepto objetivo, de forma que cuando el mismo venga establecido en convenio o pacto colectivo (y no derive de un pacto individual), no es preciso justificar la realidad del gasto efectuado por el trabajador, al menos por lo que se refiere al importe que se encuentre dentro de la cuantía establecida en el pacto o acuerdo colectivo, confiriéndole siempre carácter extrasalarial, si bien se establece un límite, que es el del veinte por ciento del salario mínimo interprofesional, por encima del cual no puede estimarse que las cantidades pagadas sean extrasalariales, aun cuando se justifique que el desplazamiento del trabajador desde su domicilio hasta el centro de trabajo habitual le genere un gasto mayor.

V. Dinámica de la Relación Laboral

La STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2004, I.L. J 693, plantea –en sede de cálculo de la indemnización por despido– si los referidos criterios objetivos establecidos por la normativa de la Seguridad Social se pueden trasladar al ámbito del contrato de trabajo o si, en el seno de éste, ha de exigirse la plena justificación del gasto efectuado por el trabajador para estimar la naturaleza extrasalarial del importe total del pago, sin el límite del 20 por 100 del salario mínimo interprofesional. El Tribunal estima que la necesaria uniformidad de aplicación del Derecho Social exige la extensión analógica de las normas de Seguridad Social al ámbito laboral, para mantener un concepto homogéneo de salario cuya ruptura no estaría justificada, al existir una identidad de razón entre ambos supuestos y sobre todo teniendo en cuenta que la evolución histórica de la figura que parte del artículo 4 de la Orden de 4 de junio de 1958 ha mantenido siempre una concepción unitaria de la misma en ambas normativas, laboral y de Seguridad Social.

Aplicando este criterio al presente caso, dado que la empresa no ha justificado la realidad del gasto, es preciso determinar si el abono del plus de transporte venía establecido en convenio colectivo, puesto que de no ser así solamente podría ser considerado extrasalarial si se justificase la realidad y cuantía del gasto efectuado por el trabajador y compensado por la empresa. En todo caso, tanto si el plus viene establecido en convenio colectivo como si no lo está pero se justifica el gasto del trabajador, existe un límite del 20 por 100 del salario mínimo interprofesional por encima del cual en ningún caso puede considerarse que estemos ante un concepto extrasalarial. Pues bien, atendiendo a ambos criterios resulta que la obligación de abono del plus de transporte figura recogida en el convenio colectivo provincial del sector de limpieza (artículo 35), por lo que no puede exigirse a la empresa que, para poder calificar el mismo como extrasalarial, acredite la realidad del gasto compensado al trabajador, en la cuantía que no exceda de la prevista en el convenio colectivo. Por otro lado su importe (1,48 euros por día efectivo de trabajo en el año 2003) no excede del 20 por 100 del salario mínimo interprofesional diario, sea cual sea la forma de cálculo de dicho límite. En conclusión, los 1,48 euros diarios de plus de transporte tienen carácter extralaboral y han de detrarse del importe del salario diario que se ha usado como módulo para el cálculo de la indemnización, pasando éste de 37,96 euros a 36,48 euros.

B) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Incumplimiento de los presupuestos legalmente exigidos: indemnización y cantidad global por los conceptos de salarios de tramitación, saldo y finiquito pactados en conciliación judicial

En el supuesto que resuelve la STSJ de Castilla-La Mancha, de 22 de junio de 2004, I.L. J 975, se insiste, de nuevo, en la necesidad de cumplir con los presupuestos legalmente exigidos por el artículo 33 ET para que pueda prosperar la reclamación ante el FOGASA. Concretamente se desestima que el FOGASA responda de las indemnizaciones pactadas en conciliación judicial, ni de los salarios de tramitación pactados en la misma conciliación judicial cuando se fija una cantidad global por los conceptos de salarios de tramitación, saldo y finiquito, sin especificar qué cantidad corresponde a cada uno de los mencionados conceptos.

Para responder negativamente a la primera cuestión se señala que el artículo 33.2 del ET, tanto en su redacción actual como en la previa a la modificación operada por Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que es la que resulta aplicable al caso por razones de temporalidad, ha venido exigiendo para la procedencia del abono por el FOGASA de las indemnizaciones derivadas del despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52.c) del ET, su previo reconocimiento por sentencia judicial o por resolución administrativa, presupuesto que no acontece en aquellos casos en que su fijación se lleva a cabo en acta de conciliación judicial, circunstancia esta que inviabiliza la obligación de su abono por el FOGASA.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, se señala que, si bien en el caso de los salarios de trámite pactados en conciliación judicial el FOGASA debe responder, aplicando la doctrina proclamada por la conocida Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, no puede alcanzarse la misma conclusión en aquellos casos en que en el acta de conciliación se fija una cantidad global por el concepto de salarios de tramitación, saldo y finiquito, sin especificar ni concretar individualizadamente cada uno de dichos conceptos. El TSJ de Castilla-La Mancha aplica a tal efecto la doctrina jurisprudencial plasmada en SSTs de 17 de enero de 2000, I.L. J 28, y de 17 de marzo de 2003, I.L. J 472, entre otras, en donde señaló el TS que cuando el título de que dispone el trabajador, concretamente el acta de conciliación judicial, no establece una deuda estrictamente salarial, sino que concreta una cantidad global por el concepto de “salarios de tramitación, saldo y finiquito” comprensiva de todo lo adeudado a raíz del despido, sin especificar lo que tiene naturaleza retributiva, ni justificar nada en tal sentido, no puede prosperar su pretensión por ausencia de los presupuestos legalmente exigidos para ello. Refuerza la anterior conclusión que en este caso ni siquiera se hace referencia al concepto de salarios sino tan sólo a una cantidad global por “indemnización, saldo y finiquito”.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Horas extraordinarias. Servicios de Salud del Principado de Asturias

Dos son las Sentencias que analizan sendas reclamaciones sobre jornada anual de trabajo y retribución de horas trabajadas durante el tiempo de Atención continuada en el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Ambos pronunciamientos jurisdiccionales, SSTSJ de Asturias de 16 de enero de 2004, I.L. J 748, y de 23 de enero de 2004, I.L. J 750, desestiman sendas reclamaciones realizadas por Médicos de Atención Primaria, a los que no consideran aplicable de forma automática el contenido de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de octubre de 2002 en interpretación de las Directivas 89/391/CEE y 93/104/CE del Consejo. El argumento principal pasa por considerar a los médicos de atención primaria como trabajadores sometidos a turnos (en los casos que se analizan turno fijo diurno) y no a turnos rotatorios (que incluiría el turno de noche).

V. Dinámica de la Relación Laboral

En este sentido es de destacar que los demandantes realizan su trabajo en turno diurno de 8.00 a 17.00 horas, y las horas de atención continuada las prestaban de 17.00 a 22.00 horas.

Es doctrina contenida en ambas Sentencias la siguiente:

1ª) Ni la Directiva 93/104 ni la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la CE el 3 de octubre de 2000 contienen previsiones en materia de duración de la jornada cuando se desarrolla en régimen de turnos, ni sobre la forma de retribuir el tiempo de trabajo en atención continuada.

2ª) El Acuerdo de 27 de febrero de 1992 entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales más representativas, publicado por Resolución de 10 de julio de 1992, fija la jornada anual de la siguiente manera: turno fijo diurno 1.645 horas; turno fijo nocturno 1.470 horas y turno rotatorio 1.530 horas.

3ª) No cabe confundir el concepto de trabajo a turnos, definido por la Directiva con el trabajo en turno rotatorio. Mientras que el trabajador a turnos es todo aquel cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos, el turno rotatorio en el derecho interno es más restringido y se refiere necesariamente a aquel que incluye noches de prestación de trabajo de modo que si el trabajo a turnos lo es sólo alternando el de mañana y el de tarde, sin realización de noches, ha de considerarse como turno fijo diurno a los efectos de fijación de la jornada.

En aplicación de citada doctrina, se considera que los reclamantes no han excedido las 1.645 horas de jornada ordinaria establecidas para los trabajadores a turnos.

B) Tiempo de comida. Condición más beneficiosa

Plantean algunos trabajadores de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, el mantenimiento del tiempo invertido en las comidas (30 minutos) y la gratuidad de las mismas, como condición más beneficiosa, pese a tratarse de un derecho reconocido en un convenio colectivo (III Convenio Colectivo para el personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha) anulado por el convenio colectivo posterior (IV Convenio Colectivo para el personal laboral de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha).

La STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2004, I.L. J 676, precisa la restricción de la institución de la “condición más beneficiosa” a aquellas ventajas o beneficios sociales adquiridos en virtud de situaciones individuales y concretas que afecten a una pluralidad de trabajadores, pero nunca en base a pactos o convenios colectivos. Según la doctrina de la Sala, no puede predicarse el mantenimiento de ciertas condiciones laborales, bajo el amparo de la Institución de la condición más beneficiosa, cuando aquéllas se venían disfrutando como consecuencia de su expreso reconocimiento en una norma convencional.

En realidad, el problema que plantean los demandantes en el presente litigio, entronca más que sobre la institución de la condición más beneficiosa, sobre el alcance que debe darse al artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores, contenedor del denominado “principio de modernidad del convenio colectivo”, y en virtud del cual, el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo, los aspectos que expresamente se mantengan.

Y para determinar el alcance que debe darse al citado principio de modernidad, en atención a aquellos derechos ya contractualizados por los trabajadores afectados, debe tenerse en cuenta la interpretación extensiva que, del principio de modernidad, realiza la STS de 18 de julio de 2003 (recurso 3064/2003).

Conforme la doctrina contenida en citada Sentencia, debe darse al principio de modernidad del convenio colectivo, un contenido amplio, de tal manera que caen convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa.

Para el Alto Tribunal, esta doctrina es más clara aún, desde la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modificó el Estatuto de los Trabajadores, tanto desde una interpretación literal como histórica.

Por un lado (interpretación literal), el artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores, señala literalmente que “el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél. En dicho supuesto se aplicará íntegramente lo regulado en el nuevo convenio colectivo”.

Añade el tribunal que es clara la voluntad expresada del legislador en cuanto ha optado por una mayor potenciación de la libertad de negociar, eliminando las trabas que pudieran condicionar la capacidad de pactar de los negociadores, a cuyo fin dispone que pierden eficacia los pactos y compromisos adquiridos en convenios colectivos anteriores, sin hacer distinciones con respecto a la naturaleza o a las características de los derechos afectados.

Y ello es así, para el Alto Tribunal, por cuanto que el Congreso de los Diputados rechazó una enmienda al Proyecto de Ley formulada por un grupo parlamentario que pretendía introducir en el número 4 del artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores, un inciso final del siguiente tenor literal: “Sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición”.

Tal propuesta fue rechazada, lo que para la Sala de lo Social del TS supone que, a la luz del texto legal, los legitimados para negociar, no están condicionados más que por niveles mínimos contenidos en la ley a la hora de pactar, pudiendo disponer acerca de los pactos o acuerdos privados, aunque sean de dimensión colectiva de fechas anteriores.

3. PACTO DE NO COMPETENCIA

A) Pacto de no competencia. Nulidad de la cláusula de desistimiento del empresario

Se discute la validez del apartado final, denominado “apéndice al contrato de trabajo”, suscrito entre la empresa y los trabajadores demandantes, en la cual se había acordado un pacto de no competencia por dos años a cambio de una indemnización, con una cláusula final que decía así: “La empresa se reserva el derecho de retirar esta cláusula de no competencia en un plazo de un mes a contar de la fecha de notificación de la ruptura del contrato”. Los dos trabajadores demandantes recibieron estando vigente su contrato de trabajo sendas comunicaciones escritas por las que la empresa les comunicaba que renunciaba a la cláusula de no competencia que habían pactado en todos sus aspectos. Ambos reclamaron contra esta decisión por considerar nulo el apartado de aquel “apéndice” que permitía el desistimiento unilateral de aquel pacto; habiéndolo declarado así tanto el Juzgado de Instancia como la Sala de lo Social de Cataluña en la sentencia que se recurre.

La cuestión planteada se concreta en determinar si es válida o nula la cláusula incluida en un pacto de no competencia suscrito al amparo y cumpliendo las condiciones del artículo 21.2 LET, por virtud de la cual queda autorizado el empresario a rescindir de forma unilateral el pacto en cuestión.

La solución a dicha cuestión viene determinada por lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil según el cual la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de los contratantes, y no otra cosa es lo que se ha hecho en el supuesto aquí contemplado en el que la cláusula discutida ha dejado al libre arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto de no competencia, con lo que se observa que, con independencia de la claridad de la cláusula, su contenido resulta manifiestamente contrario a aquella prohibición legal, y es por ello por lo que debe considerarse nula en aplicación de lo previsto en el artículo 6.3 del mismo Código en relación con los actos contrarios a normas prohibitivas como la del precitado artículo 1256 CC.

Éste ha sido el criterio que mantiene la **STS de 2 de julio de 2003**, u.d., I.L. J 935, y sostenido también en otras Sentencias como la STS de 24 de septiembre de 1990.

No hay que olvidar, en relación con esta cuestión que el pacto de no competencia genera por el trabajador no sólo la expectativa de una indemnización, sino la necesidad de prepararse para una futura o futurible actividad nueva con nuevas expectativas que pueden quedar frustradas por una decisión unilateral como la producida.

No cabe duda, en definitiva, de que siendo la naturaleza jurídica del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, la de un pacto o acuerdo bilateral en cuanto generador de derechos y obligaciones para ambas partes, la posibilidad de modificarlo o extinguirlo no puede dejarse a la decisión unilateral de una de las partes y, por ello, debe tenerse por nula la cláusula que así lo establezca.

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Clasificación profesional. Reconocimiento. Prescripción de la acción

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de noviembre de 2004, I.L. J 739, aborda el problema de la prescripción de la acción para el reconocimiento de la clasificación profesional, señalando que “La cuestión radica en determinar si el encuadramiento o clasificación profesional conforme al Convenio constituye para la empresa una obligación de tracto único correlativa al derecho que tiene el trabajador a ser correctamente encuadrado o clasificado como sostiene la recurrente o de tracto sucesivo como afirma la parte actora ya que de ello depende el que se aplique, respectivamente, la regla contenida en el apartado segundo o la contenida en el apartado primero del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores lo que supone para el cómputo de la prescripción que en el primer caso se fije el *dies a quo* cuando la empresa haya realizado el encuadramiento o clasificación profesional del trabajador, y en el segundo caso cuando concluya el contrato de tal suerte que mientras esté vigente la relación laboral y hasta un año después no prescribiría el derecho del trabajador a ser correctamente encuadrado según la normativa convencional aplicable”. La sentencia concluye que, en el supuesto enjuiciado, la acción no debería estar prescrita porque el derecho del trabajador, y la correlativa obligación de la empresa, de ser correctamente encuadrado o clasificado según convenio no prescribiría mientras el contrato estuviera vigente porque el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción viene determinado por la extinción de la relación laboral.

Pese a ser éste el criterio de la Sala, la misma procede, en definitiva a atenerse estrictamente a lo que al respecto ha establecido el Tribunal Supremo en Sentencias de 14 de julio 1996 y 4 de octubre de 1996, de forma tal que, ha de reputarse que la obligación de la empresa del encuadramiento o clasificación profesional del trabajador no es una obligación de tracto sucesivo sino de tracto único y por tanto en aplicación de la regla contenida en el apartado segundo del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores el plazo de un año para el ejercicio por el trabajador de la acción de reclamación de su correcto encuadramiento “se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse”, es decir, desde el día en que la acción nace (artículo 1969 del Código Civil) lo que se sitúa en el momento de la publicación del referido encuadramiento.

B) Clasificación profesional: Fijación del contenido de la prestación laboral

La STSJ de Asturias de 20 de noviembre de 2004, I.L. J 775, establece que el artículo 22.5 del Estatuto de los Trabajadores reconoce la posibilidad de que por acuerdo entre trabajador y empresario se fije el contenido de la prestación laboral así como su equiparación a la categoría o grupo profesional previsto en el convenio, de forma tal que existiendo documentado un pacto de tal naturaleza, al contenido del mismo deben atenerse las partes.

V. Dinámica de la Relación Laboral

En conclusión aun cuando por titulación pudiera ostentarse una categoría profesional superior, habrá de estarse al pacto entre las partes para determinar las funciones a desempeñar.

C) Clasificación profesional. Encuadramiento. Funciones diferenciadas entre categorías profesionales

Las STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de marzo y de 7 y 20 de abril de 2004, I.L. J 718, 1147, 1148 y 1149, abordan, todas ellas los problemas surgidos en el encuadramiento en distintos grupos profesionales de los verificadores y los montadores, dentro del Convenio Colectivo de Endesa, analizando la cuestión y llegando a la conclusión de que nos encontramos ante diferentes categorías, con diferentes contenidos y retribuciones.

D) Clasificación profesional. Contenido de la modalidad procesal. Improcedencia del recurso de suplicación

La STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2004, I.L. J 1016, analiza un supuesto en el que lo pretendido por el demandante es que las funciones realizadas por él mismo sean calificadas como pertenecientes a un Grupo profesional superior al asignado, de modo que lo que está denunciando es la incorrección del acto de clasificación profesional efectuado, argumentando que existe una discrepancia entre el grado de responsabilidad, iniciativa y capacidad propios del puesto de trabajo que desarrolla y el grupo en el cual ha sido incluido. En definitiva, se alega una discrepancia entre el grupo profesional asignado convencionalmente y el objetivo, es decir, el que realmente se correspondería, desde su punto de vista, con las tareas ejecutadas.

Siendo esto así, la sentencia concluye que lo que está solicitando es la “clasificación profesional adecuada” conforme al artículo 22.5 del ET, y el reconocimiento de tal derecho debe exigirse a través del procedimiento especial de clasificación profesional del artículo 137 de la LPL y consecuentemente no tendría acceso al recurso de suplicación.

Por el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 10 de junio de 2002, se ha afirmado que “lo relevante para entender que se está ante una clasificación profesional es que ésta se funde en una discrepancia entre las funciones efectivamente realizadas y la categoría atribuida, con independencia de que esa falta de correspondencia se produzca en la clasificación inicial o en el ulterior desarrollo de la relación laboral”.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Renfe. Maquinista. Proceso de movilidad. Consolidación de plaza ocupada en situación de residencia provisional. Improcedencia

Con fecha 26 de marzo de 2000 se produjo reunión entre la empresa RENFE y el Comité de huelga del SEMAF llegando a un acuerdo de movilidad donde se establece que en el plazo de un mes se llevará a cabo un concurso sin restricciones y basado en función de las solicitudes y necesidades de personal, y en el supuesto de los trabajadores que

no hayan podido cubrir sus expectativas de movilidad con esta acción, se mantendrán en lista de espera prioritaria para la cobertura de plazas futuras. Asimismo se establece que los trabajadores en situación de movilidad temporal no consolidarán su situación hasta el final del proceso. El demandante con residencia oficial en Puerto Llano interesa residencia definitiva en Ciudad Real. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 2004**, I.L. J 679, confirma la sentencia desestimatoria de la instancia destacando que “el acuerdo primero de la reunión celebrada el 26 de marzo de 2000, establece unas reglas de movilidad de personal afectado que constituyen un proceso extraordinario para poner fin a la conflictividad laboral. Dicho proceso se inicia con el establecimiento de criterios de antigüedad aplicables para la resolución de las peticiones [apartado c) del acuerdo]; en segundo lugar, y en el plazo de un mes, se produce la convocatoria del concurso de movilidad a nivel de Red para todo el colectivo de conducción sin restricciones (apartado a) del mismo acuerdo). Aquellos trabajadores que no hayan podido cubrir sus expectativas de movilidad con dicho concurso se mantienen en lista de espera prioritaria para la cobertura de plazas futuras [apartado b) del acuerdo]; y, finalmente; los trabajadores que se encuentren en situación de movilidad temporal, no consolidarán su situación hasta el final de este proceso [apartado d) del acuerdo]”. El demandante participó en el concurso y se encontraba en situación de residencia provisional y no obtuvo plaza, ello determina mantenerse en lista de espera prioritaria para la cobertura de plazas futuras y no entender el derecho a ocupar plaza definitiva pues no está en situación de movilidad temporal.

B) Desplazamiento. *Ius variandi*. Facultades organizativas y de dirección de la empresa. No cabe indemnización a favor de los trabajadores, salvo que exista pacto entre afectados y empresa

Los trabajadores de TYCSA en número de 34 pasaron a prestar servicios para CELSA, aquella venía soportando una crisis económica, lo que fue notificado personalmente a los trabajadores. Esta empresa ofreció la cantidad de 150.000 pesetas en concepto de renuncia a presentar cualquier tipo de demanda o reclamación de cantidades por gastos de desplazamiento a la planta de CELSA. Todos los trabajadores afectados a excepción de los dos demandantes aceptaron la oferta. Los trabajadores tenían a su disposición un autocar puesto por la empresa TYCSA quien descontaba a cada trabajador la suma de 2.700 pesetas mensuales. La distancia entre la población de Sabadell y el nuevo centro de trabajo es de 25 Km por el sitio más corto y el tiempo de duración del trayecto es de 25 minutos o 45 minutos con más densidad, cuando anteriormente lo eran aproximadamente 8 km y el tiempo invertido 10 minutos. Los demandantes reclaman una indemnización por mayor tiempo de desplazamiento con ocasión de la mayor distancia. La **STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2004**, I.L. J 761, examina la cuestión destacando en primer lugar ante lo rechazado por la instancia que nos encontramos ante un supuesto de sucesión legal del artículo 44.1 ET, así destaca “a) la propia empleadora reconoce que se trata de una subrogación y así se lo hace saber a los trabajadores afectados en las diversas comunicaciones escritas que les realiza (...) b) la empleadora pone a disposición de los trabajadores afectados por el ‘desplazamiento’ una indemnización de 150.000 pesetas Por la que renuncian a toda posible reclamación de indemnización por los gastos que les ocasiona el mismo, no articulándose por el contrario extinción contractual alguna y reconociéndose,

V. Dinámica de la Relación Laboral

por el contrario, a los actores la antigüedad que venían disfrutando en la empleadora 'cedente'; c) no enerva la existencia de una subrogación empresarial el hecho de no acompañar a la transmisión de los trabajadores elementos patrimoniales de la empresa, entendidos éstos como recursos materiales y económicos y medios de producción en sentido material integrados dentro de una unidad productiva autónoma, puesto que la fuerza de producción o los llamados recursos humanos integran asimismo el 'patrimonio' de la empresa, entendido éste como el conjunto de los medios de lo que dispone para llevar a cabo la actividad económica, de producción o de servicios, que constituye el objeto de la propia empresa, de suerte que no resulta necesaria la transmisión de bienes para entender producida una transmisión de empresa, si existe dicha transferencia o transmisión de otros elementos de producción como es el capital humano, máxime cuando se ha asumido así por la propia empresa y se ha mantenido por la de destino la antigüedad adquirida en la de origen". Por tanto ante una subrogación empresarial el llamado desplazamiento recibe el tratamiento de traslado y por tal aplicación del artículo 40 ET, por ello se plantea si estamos ante la realidad de traslado o la simple situación de cambio de lugar de trabajo sin cambio de domicilio. Para la Sala ante la distancia de 25 km no cabe hablar de traslado y por tal entenderse una movilidad geográfica sino que estamos ante "facultades organizativas u de dirección del empleador y, por tanto, de las que también son inherentes a tal círculo organizativo, como es el llamado *ius variandi* empresarial reconocido en los artículos 5.c) y 20.2 ET". La sentencia, por último acomete si procede el derecho a la compensación económica por el mayor desplazamiento que supone y concluye en la desestimación al existir acuerdo que los demandantes rechazaron, amén del deber ser objeto de negociación específica.

C) Movilidad geográfica. Traslados. Indemnización. Existencia de traslado no de comisión de servicio, efectuado unilateralmente por la empresa

El trabajador venía prestando servicios en el centro de trabajo de Cartagena siendo trasladado a Madrid en mayo 2002, lo que fue aceptado voluntariamente por éste. En marzo 2003 fue trasladado por decisión unilateral de la empresa de nuevo a Cartagena, ante ello éste lleva a cabo reclamación de indemnización por traslado de centro de trabajo. La **STSJ de Murcia de 17 de mayo de 2004**, I.L. J 1071, examina a la luz del Convenio Colectivo si nos encontramos ante una comisión de servicio o un traslado, llegando a la conclusión en méritos de distintos códigos de cotización, distinto formato de nóminas según el centro, como la categoría del trabajador, que se trata de un traslado y por tal confirma la sentencia de instancia en cuanto al derecho del trabajador a la indemnización.

D) Renfe. Cobertura temporal de plazas. La preferencia de la movilidad funcional sobre la geográfica es dentro de una misma categoría. Estimación de la demanda al declararse la preferencia del actor a ostentar la misma categoría de la plaza vacante

El trabajador entiende el derecho a que sea sacado a concurso la plaza vacante de Soria a lo cual la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de abril de 2004**, I.L. J 1121, después de examinar la norma colectiva sobre movilidad a través del concurso, destaca el incumplimiento de la empresa en el plazo de los concursos y por ello no puede quedar a su arbitrio

el momento del anuncio y cómo efectuarse los concursos. Respecto a otro planteamiento alternativo, el demandante, entiende la Sala tiene mejor derecho en razón a mayor antigüedad que la persona que cubre temporalmente la plaza de factor de circulación.

E) Extinción contractual indemnizada. Desestimación. Traslado de centro de trabajo que no exige cambio de residencia

El conflicto se suscita en razón al traslado del centro de trabajo donde prestaban servicios los actores a otro centro a una distancia de 40 Km. La empresa ha dispuesto de tres autobuses a diversas horas lo que no es utilizado por éstos y hace entrega a los trabajadores de talonario de tique de comedor. Tal traslado del centro no supone cambio de residencia. 4 trabajadores instaron extinción del contrato de trabajo con derecho a indemnización al amparo del artículo 40.1 ET, siendo desestimada la demanda. La **STSJ de Cataluña de 7 de abril de 2004**, I.L. J 1026, conoce del recurso de suplicación destacando en el examen las dos instituciones diferentes que regula el artículo 40 ET, el traslado y el desplazamiento, y señalando que sólo el traslado se reserva a aquellos supuestos de cambio de la ubicación física que exija cambio de residencia, lo que exige una análisis individual de cada supuesto. La señalada sentencia examina los elementos y así destaca como valorables los siguientes: lejanía, si bien no cabe establecer una distancia concreta para entenderlo, acude con criterio analógico a lo dispuesto en el artículo 230.g) LGSS (redacción RD-L 5/2002), ya sí considera que las distancias por encima de los 30 Km, son consideradas como de una especial gravosidad y onerosidad. También el elemento de exigencia de una buena comunicación entre las dos poblaciones, que en el caso concreto existe buena comunicación con diversas vías de acceso (autopista y nacional) y por último las compensaciones, así en el concreto supuesto, autobuses gratuitos con diversos horarios, talonarios de tique de comida. Ante tales elementos llega la Sala a la inexistencia objetiva de cambio de residencia por los demandantes, al margen de la distancia en Km, y por ello no resulta de aplicación el artículo 40.1 ET.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Nulidad por no seguir procedimiento fijado en el artículo 41.4 ET. No equivale al procedimiento citado el mero informe de la decisión adoptada unilateralmente por la empresa, ni la votación de los afectados

La empresa comunicó al Comité de Empresa que a partir de un determinado mes se procedería a prorratear mensualmente la gratificación extraordinaria de beneficios respecto a totalidad de los empleados. La empresa llevó a cabo referéndum sobre el prorrateo lo que perdió. Según el Convenio Colectivo la modificación del sistema retributivo debe entenderse como modificación sustancial de condiciones de trabajo. Así la **STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2004**, I.L. J 786, analiza si se cumplieron los requisitos del artículo 41.4 ET destacando que “ni puede considerarse cumplido mínimamente tal requisito por parte de quien se limitó a informar de una decisión ya tomada ni, en definitiva, puede

otorgarse al referéndum invocando otro efecto que el contrario al pretendido por la empresa. Y ello en la medida que el pacto posterior excluyente de un prorrateo respecto del cual había mostrado su disconformidad la práctica totalidad de los consultados evidencia una actuación empresarial que (al decidir unilateralmente su extensión a los contratados con anterioridad al 18 de diciembre de 2001), contradice el concurso de una previa negociación sobre una cuestión que (en definitiva) había quedado fijada en términos antagónicos a los dispuestos por la empresa en su anulación de la comunicación”. Por consiguiente el incumplimiento de los requisitos del artículo 41.4 lleva a la declaración de nulidad, pues aunque el artículo 138.5 LPL sólo prevé la nulidad para las medidas efectuadas en fraude de ley, por no respetarse los umbrales previstos en la norma, el propio artículo 138 LPL cuando alude a la calificación de la medida como justificada o injustificada, lo hace en conexión a que se han acreditado o no las razones invocadas por la empresa para su adopción, es decir, dicha calificación aparece reservada para el examen de las razones o motivos —económicas, técnicas, organizativas o de producción— y la empresa se halla obligada al cumplimiento de los trámites que marca el artículo 41.4 ET y una vez cumplidos éstos y de no llegar al acuerdo, podrá adoptar la medida, la cual determinará la calificación señalada y no nula, sin embargo en el presente supuesto no llevándose a cabo los requisitos formales procede la nulidad.

B) Conflicto colectivo. Desestimación. Implantación de nuevo sistema de medición de tiempo. No supone modificación sustancial de condiciones

En la empresa se venía utilizando el sistema de medición de trabajo *bedaux*, modificando el mismo e implantando el sistema *most*, y como señala la **STSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004**, I.L. J 791, “el sistema *bedaux* se basa en el cronometraje para la valoración de los tiempos normales de los distintos modelos. Consiste en que mediante un cronómetro adecuado a la tarea y el enjuiciamiento por parte de un cronometrador de la actividad de la persona cronometrada, mediante un concepto que se denomina actividad y que traduce a uno el ritmo de trabajo del operario, se aplica una escala que se utiliza para definir su rendimiento. El sistema *most* es una técnica de tiempos predeterminados, que cumple al misma función que el cronometraje, y que está basada en la aplicación de unas tablas de tiempos estándar de los micromovimientos de carácter universal en que se puede descomponer cualquier trabajo de ejecución normal, plasmándose posteriormente en unas tablas de tiempos estándar”. En el presente supuesto la empresa niega que se trate de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, lo que asimismo entiende la Sala, pues no supone el establecer el sistema *most* introducción de sistema alguno que suponga cambio en el desarrollo del trabajo, sino una forma de medición del tiempo empleado en cada actividad, y así lo recoge la Sentencia de la misma sala de 13 de diciembre de 1996 que señaló no implicar modificación sustancial de condiciones de trabajo “obtener un mejor rendimiento de la actividad laboral sin alterar para nada la jornada y sin que se atente a los períodos de descanso, ni a ningún otro derecho básico e irrenunciable de los trabajadores, que se traduce en una mayor competitividad de la empresa al mejorar su productividad (...)”.

C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo: Modificación de la jornada regulada en acuerdo o pacto colectivo

En el presente conflicto colectivo la empresa aduce la inadecuación de procedimiento al considerar que, si existe una modificación sustancial, sólo afecta al horario, de modo que al no alcanzarse los umbrales de trabajadores afectados establecidos en el artículo 41.2. IV del ET, la modificación sería de carácter individual, negando en todo caso la sustancialidad. La **STSJ de Galicia de 23 de enero de 2004**, I.L. J 811, examina si la modificación afecta a la jornada de trabajo o al horario de trabajo y así lo recoge la STS de 26 de junio de 1998 (4621/1998) donde se afirma, que “los conceptos de jornada sea diaria, mensual o anual y de horario son conceptos muy próximos y vinculados entre sí, pero entre ambos es la jornada la que presenta una mayor relevancia y trascendencia, por cuanto que ella es la que determina nítidamente el número de horas que se han de trabajar, dentro del lapso temporal del que se trate; el horario es una consecuencia o derivación de la jornada, pues en él se precisa el tiempo exacto en que cada día se ha de prestar servicio, teniendo siempre a la vista y como norma respetar la duración de la jornada estatuida”. Así la Sala entiende que nos encontramos ante una modificación de la jornada de trabajo, en primer lugar, porque se produce, de manera directa, una ampliación de la jornada ordinaria de trabajo en cómputo diario de dos horas de duración; en segundo lugar, porque la jornada se flexibiliza en términos más amplios a los establecidos en el pacto de empresa sobre jornada. Por tanto si la modificación afecta a la jornada de trabajo y esa modificación supone ampliación de la jornada diaria de trabajo y en otra parte, una flexibilización de la jornada excluida del poder negociador de los trabajadores, debemos considerar es sustancial y si supone alteración de lo regulado en un pacto colectivo es de carácter colectivo y como en el supuesto al no respetarse las normas legales de procedimiento debe ser considerada como nula.

D) Modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Sistema de incentivos que afecta al sistema retributivo y a la forma de prestar el servicio. Implantación unilateral de la empresa. Nulidad

La empresa comunicó al Comité de Empresa la implantación de un sistema de incentivos que regirá las condiciones en el año 2003, con parámetros evaluables como lo son la calidad y seguridad así como la permanencia en la empresa, ello también se expuso y comunicó a los trabajadores, pero en nada existió negociación efectiva sobre éstos. La **STSJ del País Vasco de 27 de enero de 2004**, I.L. J 832, analiza si la implantación del sistema de incentivos que afecta al régimen retributivo supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo llegando a la conclusión de que al afectar a las retribuciones de los trabajadores de la empresa supone una modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET) y por tal y al no haberse llevado a cabo negociación con el Comité de Empresa, procede declarar la nulidad de la medida.

E) Conflicto colectivo. Modificación de condiciones de trabajo. Plazo de ejercicio de las acciones relacionadas con el artículo 41 del ET

La STSJ de Canarias (las Palmas) de 24 de junio de 2004, I.L. J 1140, examina la cuestión del plazo de ejercicio de las acciones relacionadas con las modificaciones sustanciales de trabajo, amparadas en el artículo 41 ET ya sí siguiendo la STSJ recurso 719/2000 del mismo Tribunal señala que habría que distinguir: “a) Impugnación individual o plural de la modificación de condiciones sustanciales, con la pretensión de que la medida se declare nula o injustificada. En este caso tanto el artículo 59.4 ET como el artículo 138 LPL establecen un plazo de caducidad de veinte días, a contar desde la modificación de la decisión. b) Impugnación de la modificación de condiciones de trabajo de carácter colectivo, a través del proceso de Conflicto colectivo, con la pretensión de que la medida se declare injustificada o nula. En este supuesto el plazo es también de caducidad de veinte días del artículo 138 LPL (...) c) Impugnación de las modificaciones sustanciales alegando perjuicio para la formación profesional o menoscabo de su dignidad al amparo del artículo 50.1.a) ET, con la pretensión de extinción del contrato de trabajo. En este caso el plazo es de prescripción, no de caducidad, y es de un año a contar a partir del incumplimiento empresarial (...)” (en este sentido STS de 20 de marzo de 1990 y 5 de febrero de 1990) “(...) d) Impugnación de las modificaciones de las condiciones de trabajo al amparo exclusivo del artículo 41.3 párrafo III, con la pretensión de rescindir el contrato de trabajo. En este caso el plazo es el previsto en el artículo 59.4 ET en relación con el artículo 138 LPL”, plazo, que pese a la omisión, se ha de entender de veinte días, toda vez que incluye dicho precepto la impugnación de la decisión modificativa que no hubiere optado por la rescisión del contrato de trabajo, la cual ha de ser ejercitada en el plazo de 20 días, estándose para su cómputo al día en el que el empresario notifique al trabajador su decisión modificativa en el supuesto del carácter individual y en el de las modificaciones colectivas, en caso de lograrse o no acuerdo con la representación de los trabajadores, a partir del día siguiente al que concluido el período de consultas y producido el acuerdo es notificado a cada trabajador o, tras la notificación individual a cada operario en la que se mantiene su decisión modificativa, respectivamente “(...) e) Impugnación de una decisión de movilidad funcional (cambio de funciones) que no excede los límites del artículo 39.5 de ET”. Según la STS de 10 de abril de 2000 el ET sólo fija el plazo de 20 días para la modificación de condiciones, sin que fuera de esos supuestos exista norma alguna, ni en el ET ni en la LPL, que imponga plazo de caducidad para las acciones encaminadas a dejar sin efecto cualesquiera decisiones de movilidad funcional, incluidas las adoptadas por la empresa excediéndose de su poder de dirección. “f) Impugnación de una modificación sustancial de condiciones de carácter colectivo, cuando el empresario no cumple los requisitos exigidos por el artículo 41 ET, con la pretensión de que se dejen sin efecto las modificaciones”, en este caso reiteradamente la jurisprudencia señala la no exigencia del plazo de los veinte días (STS de 10 de abril de 2000).

En el supuesto examinado por la sentencia que se examina, se toma una decisión por el empresario, sin consulta o audiencia previa y sin notificación a los trabajadores, lo que obliga a entender no caducada la acción, y por tal acuerda anular la sentencia.

F) Rescisión contractual indemnizada. Estimación. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio de la dignidad personal y profesional del actor

La STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2004, I.L. J 1019, analiza la extinción contractual a instancias del trabajador al entender que se produjo una modificación sustancial de condiciones de trabajo en perjuicio de la dignidad personal y profesional del trabajador. Éste, delegado visitador médico, sufrió diferencia de trato con sus compañeros tras 28 años de servicio y un buen nivel de ventas de ciertos productos comercializados por la demandada, obligándole a personarse en la empresa al inicio de la jornada mientras que al resto de sus compañeros de área, a excepción de uno, se reunían una vez por semana, como también el cambio de zona de trabajo con restricción horaria y de trabajo que venía disfrutando. Así resumidamente el debate, tanto la sentencia dictada por el TSJ como por el Juzgador de instancia entienden la realidad de una modificación sustancial de condiciones de trabajo con afectación y perjuicio profesional como a la dignidad profesional del mismo.

G) Conflicto colectivo. Procedimiento. Afecta a un grupo genérico de trabajadores, con interés general e indivisible. Condición más beneficiosa. *Ius variandi*

Los trabajadores de la empresa disponían de coches de servicio propiedad de la empresa, con una antigüedad de 9 años, para sus desplazamientos, los trabajadores podían optar entre utilizar estos vehículos o los particulares de ellos. La empresa notificó a través del correo electrónico orden para que en el supuesto de desplazarse fuera de la planta utilizaran su vehículo particular, percibiendo una suma por Km. La STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2004, I.L. J 1052, además de examinar otras cuestiones procesales como la incongruencia entre el fallo y las pretensiones que son rechazadas, como, por otro lado, la excepción de inadecuación de procedimiento al entender la empresa recurrente que no estamos ante un conflicto colectivo, lo que también rechaza, pues incide la decisión empresarial “en un grupo genérico y homogéneo, ostentando un interés general e indivisible que atañe en conjunto a dicho grupo”. Entrando a conocer la cuestión de fondo cual es si la medida acordada por la empresa se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo la Sala señala que “lo acontecido en el presente caso no integra un cambio tan esencial de los aspectos básicos de la relación laboral susceptible de ser incardinado en el ámbito del referido precepto (artículo 41 del ET), en tanto que, si las condiciones más beneficiosas, según ha venido manteniendo la doctrina jurisprudencial, no son más que derechos atribuidos a los trabajadores sin consideración y por encima de los límites mínimos fijados en las normas de derecho necesario integrando una ventaja patrimonial emanada del propio querer de las partes, tienen el alcance y significado que éstas le den, bien de forma expresa, bien a través de la reiteración de actos inequívocos que reflejen su contenido y caracteres de las condiciones más beneficiosas que se establecen en cada caso por la libre voluntad de las partes manifestada de forma expresa o tácita, en el presente supuesto, aun admitiendo que se trate de una condición más beneficiosa, la decisión empresarial objeto de controversia, adoptada en virtud de las facultades de dirección –*ius variandi*– que le competen, no implica modificación sustancial de condicio-

V. Dinámica de la Relación Laboral

nes de trabajo”, “(...) de manera que, sin soslayar que no se ha constatado que la medida adoptada implicase merma o detrimento económico ni de otro tipo para los trabajadores afectados, en tanto que ha variado el substrato o situación de hecho en la que se asentaba la práctica empresarial de referencia”, esto es, la disponibilidad de vehículos, la decisión empresarial descansa en las facultades de dirección, organización y adopción de medidas para la optimización de los recursos y por tal se halla legitimada la empresa para la medida objeto del conflicto.

7. EXCEDENCIA VOLUNTARIA

A) Excedencia voluntaria. Reingreso. Estimación. Derecho preferente

Según la STSJ de Extremadura de 31 de marzo de 2004, I.L. J 1090, el contenido del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, por su generalidad, puede ser complementado, precisado o modulado en aspectos puntuales por vía de negociación colectiva a fin de armonizar los derechos de los trabajadores en activo con los de los excedentes voluntarios. Consecuentemente, reconocida la excedencia, el trabajador sólo conserva el derecho al reingreso en plaza de igual o similar categoría, pero esa preferencia a que se refiere el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores no tiene por qué ser absoluta y puede ser regulada por convenio colectivo.

La sentencia se hace eco de la doctrina del Tribunal Supremo que ha determinado en alguna ocasión que el derecho preferente al reingreso de los excedentes voluntarios no debe primar sobre el de obtener plaza en virtud de traslado de quienes estuvieran en servicio activo –Sentencias de 17 de octubre de 1984 y 26 de junio de 1986– y que reconociendo que para que el reingreso del excedente se produzca es preciso que exista una vacante idónea por inexistencia de derecho de ascenso –Sentencia de 21 de abril de 1986–, también ha esgrimido el hecho de que se hubiesen cubierto plazas mediante promoción interna como prueba del hecho de que existía tal vacante –Sentencias de 2 de julio de 1985 y 29 de febrero de 1988.

En definitiva se concluye que “Lo que resulta claro es que será la empresa quien deberá aportar la prueba de que la cobertura de la vacante sobre la que el excedente reclama el reconocimiento de su derecho al reingreso se ha efectuado con trabajadores con derecho preferente”.

B) Excedencia voluntaria. Solicitud de prórroga sin reconocimiento expreso de la empresa. Extinción del contrato por voluntad unilateral del trabajador

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de abril de 2004, I.L. J 1149, señala que tanto el inicio de la situación de excedencia, como sus posibles prórrogas posteriores, exige por evidentes razones organizativas de sustituir al trabajador excedente, un expreso reconocimiento por parte de la empresa de tal suerte que no puede el trabajador por su cuenta o unilateralmente situarse en situación de excedencia voluntaria.

Reconociendo que el derecho del trabajador a disfrutar de la excedencia voluntaria durante el plazo máximo legal o convencionalmente previsto no exige el consentimiento de la empresa, concluye la sentencia que sí que resulta necesario el reconocimiento de la misma de tal suerte que si la empresa incumple el deber de conceder o reconocer tal derecho de forma expresa o tácita, el trabajador deberá ejercitar la oportuna acción judicial para reconocimiento de su derecho, no siendo admisible que a modo de autotutela de su propio derecho decida unilateralmente el trabajador concederse la situación de excedencia.

En definitiva, en estos supuestos de prórroga no autorizada de la situación de excedencia, nos encontramos ante una situación equiparable a la dimisión del trabajador como causa de extinción de la relación laboral.

C) Excedencia voluntaria. Reconocimiento del derecho a la excedencia voluntaria

La STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2004, I.L. J 1018, analiza un supuesto en el que el actor ostenta la condición de médico adjunto de urgencias hospitalarias y su relación laboral con la demandada es de “duración indefinida”.

La cuestión litigiosa queda centrada y limitada a determinar si el actor tiene o no derecho a la situación de excedencia postulada, que le es negada por considerar que esta situación sólo puede disfrutarla el personal estatutario que tenga nombramiento en propiedad mediante convocatoria pública, con una antigüedad mínima de un año.

La sentencia recuerda que el Tribunal Constitucional en Sentencia 240/1999, de 20 de diciembre, subrayaba cómo el artículo 105 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (texto articulado aprobado por Decreto 315/1964), tras definir en su artículo 5 a los funcionarios interinos como aquellos funcionarios de empleo “que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera”, establece que “a los funcionarios de empleo les será aplicable por analogía, y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera”.

Y partiendo de ello, y de que el actor no tiene la condición de personal fijo de plantilla, sino que es personal laboral indefinido, ello no impide que le sea de aplicación cuanto al respecto prevé el Estatuto de los Trabajadores en cuyo artículo 46.2 establece que “el trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor de dos años y no mayor de cinco”.

Por otro lado, a mayor abundamiento, del contenido del artículo 12 del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, no resulta impedimento para denegar la solicitud del demandante.

8. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

A) Suspensión de la relación laboral. Expediente de regulación de empleo. No constituye faltas de asistencia al trabajo y no excluye el devengo de la participación en beneficios

La STSJ de Asturias de 30 de enero de 2004, I.L. J 754, analiza un conflicto colectivo iniciado para determinar si la suspensión del contrato de trabajo basada en causas técnicas y organizativas y aprobada por la autoridad laboral, que afectó a un grupo de trabajadores de la empresa, impide a éstos percibir la participación en beneficios prevista en el artículo 71.2 del Convenio Colectivo General para la industria textil y de confección, que anuda dicha retribución a determinados índices de ausencias al trabajo.

Según la sentencia “Con la relación laboral suspendida, por tanto, exonerados los trabajadores de la prestación de servicios y el empresario de la obligación de remunerar el trabajo –artículo 45.2 Estatuto de los Trabajadores–, y accediendo los afectados a la situación de desempleo –artículo 208.2 Ley General de la Seguridad Social–, no cabe imputar a éstos ausencia alguna al trabajo, pues simplemente para ellos en la empresa no hay, durante el período de la suspensión, trabajo al que asistir o puesto que ocupar; de modo que, por concepto, el período de la medida suspensiva no puede computar para medir la asistencia al trabajo o el absentismo de la plantilla, ni la normativa convencional reguladora de la participación de beneficios los comprende”.

En el caso enjuiciado se había producido un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores sobre la suspensión de contratos, lo que a juicio de la Sala, en nada altera la consecuencia final, pues no trasforma la naturaleza y los efectos propios de la medida adoptada.

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. 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. **4. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. **5. Calificación judicial del despido: Procedencia. 6. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. **7. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 5 a 8 del año 2004.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 29 de marzo de 2004 (recurso 514/2004), I.L. J 712, desestima la existencia de despido ante un supuesto de extinción contractual por incapacidad del empresario para dirigir la actividad empresarial, en un caso de inexistencia de subrogación empresarial donde no se transmite la explotación agraria. Para ello, la Sala analiza el contenido del art. 44.2 del ET y su interpretación realizada por la doctrina del Tribunal Supremo. Señala al respecto:

“Como esta Sala ha puesto de relieve con reiteración (...) es requisito esencial en la sucesión de empresas que regula el art. 44 del ET, que la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”.

En sentido análogo, la STSJ de Galicia de 5 de marzo de 2004 (recurso 381/2004), I.L. J 1050, desestima la existencia de despido ante un supuesto de extinción contractual por incapacidad del empresario para dirigir la actividad empresarial. La Sala falla que no es necesario que la incapacidad sea declarada judicial o administrativamente, bastando una “inhabilidad manifiesta de hecho”.

Numerosas sentencias analizan la existencia de extinción del “por voluntad del trabajador” [art. 49.1.d) ET]. Así, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de enero de 2004 (recurso 2667/2003), I.L. J 742, analiza la existencia de extinción del contrato por voluntad unilateral del trabajador, al ponerlo en conocimiento de la empresa.

Razonan las Salas que la dimisión voluntaria por el trabajador de su puesto de trabajo no decae, debido a que “tal voluntad una vez puesto en conocimiento de la empresa configura la causa extintiva del art. 49.1.d) del ET cuya eficacia no se haya condicionada en modo alguno”.

En sentido análogo, la STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2004 (recurso 5787/2003), I.L. J 767, admite la existencia de dimisión de una trabajadora ante un caso de falta de abono del subsidio por incapacidad temporal, equivalente al impago de salarios, y los sucesivos roces entre las partes contratantes que arrancan desde la maternidad de la actora. La Sala argumenta que el incumplimiento es de tal gravedad como para extinguir la relación laboral.

Según la Sala, la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo no decae, porque “No se había venido pagando puntualmente todas las mensualidades desde el inicio de esta situación. Hecho suficientemente grave como para dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad d el trabajador”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la **STSJ de Madrid de 20 de enero de 2004** (recurso 4796/2003), I.L. J 872, estima la existencia de extinción del contrato de trabajo por voluntad de un trabajador ante el retraso en el pago de salarios, de carácter grave, (hasta 27 días durante un año y medio). La Sala justifica el fallo en los siguientes términos:

“El art. 50.1.b) del ET recoge la falta de pago de salarios o retrasos en el pago de los mismos como una de las causas de extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador. Ahora bien, requiere que tanto unas como otros sean continuados, lo que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que ha de concurrir gravedad para que la falta o el pago retrasado se inscriban en el citado precepto legal.”

Por el contrario, la **STSJ de Cantabria de 9 de junio de 2004** (recurso 583/2004), I.L. J 1000, rechaza la existencia de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador ante el retraso en el pago de salarios, que no tienen carácter grave, siendo abonados con anterioridad al acto de juicio. La Sala funda el fallo en los siguientes términos:

“Para que actúe el apartado c) del artículo 50.1 ET, es necesario que el incumplimiento contractual sea grave y culpable o que la negativa al reintegro del trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo, hayan sido declarados injustificados por sentencia judicial.”

Asimismo, las **SSTSJ de Galicia de 16 de enero y 27 de febrero de 2004** (recursos 4556/2003 y 31/2004), I.L. J 810 y 844, respectivamente, admiten la existencia de dimisión de una trabajadora ante un supuesto de *moobing*, a la par que, basándose en la doctrina emanada del TS, determinan la indemnización por la extinción del contrato y por los daños y perjuicios ocasionados. La Sala argumenta:

“Esto es, junto a la indemnización común del art. 50 del ET deben ser indemnizados todos los daños derivados de la vulneración de los derechos fundamentales, como ocurre en este caso (arts. 15 y 18 de la Constitución Española) ya que mediando identidad de razón debe aplicarse la doctrina de la Sentencia del TS de 12 de junio de de 2001, que sienta la siguiente doctrina”.

Por el contrario, la **STSJ de de Castilla y León (Valladolid) de 9 de marzo de 2004** (recurso 257/2004), I.L. J 702, niega que se haya producido la dimisión de un trabajador ante un hipotético supuesto de *moobing*. Ello porque no existe acoso, ni lesión de autoestima o integridad moral de la reclamación, sino propia frustración por no obtener jefatura de servicios. Según la Sala:

“Ante estas circunstancias no vemos la posibilidad de encuadrar la conducta empresarial dentro de un supuesto de *moobing*, pues no constituye la actitud de la empleadora un incumplimiento grave y culpable, como exige el precepto mencionado, pues falta, una persecución sistemática en el trabajo.”

Finalmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 2004** (recurso 193/2004), I.L. J 994, admite la existencia de dimisión voluntaria de un trabajador ante un supuesto de menoscabo de su dignidad debido a la agresión física por parte del gerente de la empresa.

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

En el análisis judicial del despido se seleccionan diversas resoluciones, que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo valorando, en su caso, los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de enero de 2004** (recurso 2689/2003), I.L. J 737, niega la existencia de despido ante la finalización de un contrato de trabajo por obra o servicio determinado, debido a la rescisión parcial de la contrata. Con este motivo, la Sala resume los requisitos y características que deben estar presentes en esta relación laboral. La Sala argumenta:

“Todo lo anterior, responde sin duda a la reducción de personal pactada, y por lo mismo, no alegando siquiera preferencia en el mantenimiento de empleo sobre lo otros trabajadores adscritos al servicio, no constituye despido.”

En el mismo sentido, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de febrero de 2004** (recurso 120/2004), I.L. J 720, niega 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. Razona la Sala:

“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.”

La **STS de 20 de julio de 2004**, Sala Cuarta, (recurso de casación para la unificación de la doctrina 1809/2003), I.L. J 941, falla la extinción contractual —y la no existencia de despido— al abordar la situación de jubilación de una trabajadora. Según afirma la Sala:

“La validez de la decisión de la empresa de extinguir el contrato por jubilación de la trabajadora al cumplir 65 años. Edad pactada en el Convenio Colectivo único para el personal Laboral de la Administración del Estado, como de jubilación obligatoria. Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado; y desde esta perspectiva y no discutiéndose que la trabajadora ha cumplido los 65 años y reúne los requisitos para el acceso a la pensión de jubilación, es perfectamente ajustada a derecho la decisión de la empresa demandada de extinguir por este motivo el contrato de trabajo, conforme a lo dispuesto en el art. 61 del Convenio Colectivo único para el personal Laboral de la Administración del Estado aplicable.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Finalmente, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de abril de 2004 (recurso 738/2004), I.L. J 1149, niega la existencia de despido ante la inexistencia de una relación laboral en un supuesto de extinción del contrato por voluntad unilateral del trabajador durante excedencia voluntaria. Para la Sala:

“Lo que no debió hacer para conservar la vigencia del vínculo jurídico es concederse por su cuenta un año más de excedencia voluntaria, decisión que comportó la pérdida de todos sus derechos como prevé el art. 31.1 del Convenio Colectivo para el trabajador excedente que no se reincorpora oportunamente y es equiparable a la dimisión voluntaria del trabajador como causa de extinción de la relación laboral [art. 49.1.d) del ET].”

3. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

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

La interpretación del despido por causas económicas o por necesidades técnicas, organizativas o de producción de la empresa [art. 52.c) ET] es llevada a cabo por las SSTSJ de Madrid de 13 de enero de 2004 y TSJ de Murcia de 27 de enero de 2004 (Recursos 4669/2003 y 1128/2004), I.L. J 819 y 826, respectivamente. En ellas, al declarar la improcedencia de los despidos efectuados, delimitan que las causas económicas negativas deben afectar a la empresa en su conjunto y no únicamente a un centro de trabajo. Esto es, “Beneficios y pérdidas a efectos de la extinción objetiva han de computarse a nivel global empresarial, y la situación económica negativa no puede referirse a centro de trabajo o punto de venta aislado, sino a toda la actividad empresarial”.

De otro lado, la STSJ de Galicia de 10 de marzo de 2004 (recurso 254/2004), I.L. J 1051, falla la procedencia del despido efectuado a una trabajadora en un caso en el que el puesto de la actora había quedado vacío de contenido concurriendo causas organizativas y de producción para su amortización. Conforme al FJ 2º de la Sentencia:

“Las causas económicas tienen por finalidad contribuir a la superación de situaciones económicas negativas que afectan a una empresa o unidad productiva en su conjunto. Cuando lo que produce es una situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de la producción o de la posición en el mercado, que afectan y se localizan en puntos concretos de la vida empresarial, pero que no alcanzan a la entidad globalmente considerada, sino exclusivamente en el espacio en el que la patología se manifiesta, el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia el desfase de los elementos concurrentes.”

Asimismo, la STSJ de Madrid de 13 de enero de 2004 (recurso 4717/2003), I.L. J 869, al fallar la improcedencia de una extinción contractual, argumenta 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. La Sala, en su FJ 2º, razona:

“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 afecte 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 Castilla y León (Valladolid) de 26 de enero de 2004** (recurso 2850/2003), I.L. J 734, declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas del trabajador demandante, al no estar justificada ni haberse acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. La empresa no explicita el motivo por el que se prescinde del trabajador. La fundamentación de la sentencia es del siguiente tenor literal:

“La reorganización de la actividad empresarial debe estar ligada a una determinada finalidad, cual es el mantenimiento de la actividad empresarial, por lo que habrán de ofrecerse los términos de conexión entre una y otra para poder calificar de procedente la decisión extintiva.”

En el mismo sentido, la **STSJ de Baleares de 2 de enero de 2004** (recurso 791/2003), I.L. J 756, juzga improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. La Sala del TSJ de Baleares, argumenta:

“Ha de estimarse que no obstante haberse producido un déficit en el ejercicio económico del año 2002, ha de estimarse, al no constatarse una reiteración en el tiempo, que se trata de un problema meramente episódico y transitorio que en la normal actividad de toda empresa se produce con mayor o menor frecuencia como avatares lógicos de su actuación en el mercado.”

Asimismo, la **STSJ de Galicia de 2 de abril de 2004** (recurso 895/2004), I.L. J 1064, declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas derivada de una ineptitud sobrevenida por falta de prueba. Por el contrario, las **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de marzo de 2004** y **TSJ de Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 2004** (recurso 408/2004), I.L. J 995, declaran procedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas derivada de una ineptitud sobrevenida. La primera Sala citada justifica el fallo argumentando que el origen de las dolencias del trabajador puede ser cualquiera, tan sólo han de ser posteriores a la fecha de iniciación del trabajo. La Sala, en su FJ 2º, razona:

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“La doctrina de esta Sala es que lo esencial para que el contrato de trabajos se ajuste a lo prevenido en el art. 52.a) del ET es que el trabajador efectivamente haya perdido, cualquiera que sea la causa, las condiciones de idoneidad mínimamente exigibles para el adecuado desempeño de las principales tareas de su puesto de trabajo, habiéndose llegado a esta situación con posterioridad a la formalización del vínculo laboral. Pero corresponde al empresario la carga de probar que el trabajador ya no es apto para cumplir debidamente con sus obligaciones laborales.”

La segunda Sala falla:

“La procedencia del despido efectuado debido a causas objetivas derivada de una ineptitud sobrevenida de un trabajador que tras ser dado de alta médica no se reincorpora a su puesto de trabajo porque no puede trabajar.”

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

A) La caducidad de la acción

Por el contrario, la **STSJ de Galicia de 23 de enero de 2004** (recurso 6023/2003), I.L. J 809, rechaza la excepción de caducidad de la acción de despido, argumentando que la acción es única aunque se dirija contra varios demandados. Procede por tanto desestimar el motivo puesto que cumplida la finalidad última de controvertido trámite previo, cual es facilitar a la contraparte el conocimiento de la pretensión, como dice la sentencia, no puede aceptarse en este caso la procedencia de la caducidad de la acción.

Asimismo, la **STSJ de Baleares de 2 de enero de 2004** (recurso 791/2003), I.L. J 756, desestima la excepción de caducidad de la acción de despido. En el caso enjuiciado, a pesar de no aportarse certificado de intento de conciliación, se deduce su existencia de la alegaciones de la empresa; por lo que, en virtud del principio de conservación de los actos procesales, no procede la declaración de nulidad de las actuaciones. Conforme a los razonamientos de la Sala:

“Es claro, asimismo, que la conciliación extrajudicial se llevó a cabo. La empresa no denuncia su falta y, antes al contrario se desprende de sus alegaciones que el acto se realizó. Así las cosas, sería inútil, puramente formalista y opuesto al principio de conservación de los actos procesales que hoy recoge el art. 230 de la supletoria LEC sancionar la infracción por el juzgador del art. 81 de la LPL con la nulidad de lo actuado a partir de la admisión a trámite de la demanda al solo fin de otorgar al actor ocasión de remediar la falta de acreditación de un requisito cuya concurrencia no se debate. La estimación del recurso, por ello, debe limitarse a rechazar la caducidad de la acción que aprecia la sentencia y a devolver las actuaciones al órgano judicial de instancia, para que, sin repetición del juicio, dicte nueva resolución donde califique con plena libertad de criterio el despido litigioso y se pronuncie sobre las consecuencias inherentes.”

Finalmente, la **STSJ de Madrid de 13 de enero de 2004** (recurso 4719/2003), I.L. J 871, juzga un supuesto de caducidad de la acción por despido. Expone que para el cómputo del plazo de caducidad no se ha de tener en cuenta la fecha de interposición de la demanda del procedimiento de despido sino la fecha de la demanda inicial que fue mandada subsanar por el juzgado decano. La Sala argumenta:

“Procede por tanto desestimar el motivo puesto que cumplida la finalidad última de controvertido trámite previo, cual es facilitar a la contraparte el conocimiento de la pretensión, como dice la sentencia, no puede aceptarse en este caso la procedencia de la caducidad de la acción, habida cuenta del silencio y falta de respuesta de la empleadora después de haber acudido el trabajador en repetidas ocasiones a la empresa en demanda de aclarar su situación.”

5. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Sendas **SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 8 de marzo de 2004** y **TSJ del País Vasco de 10 de febrero de 2004** (recursos 266/2004 y 2547/2003), I.L. J 724 y 855, respectivamente, revocan las sentencias de instancia y declaran la procedencia de los despidos efectuados a varios trabajadores por la reincidencia de faltas de asistencia al trabajo. El argumento de las Salas 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.”

Asimismo, las **SSTSJ de Cataluña de 21 de enero de 2004** y **TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de mayo de 2004** (recursos 350/2003 y 610 /2004), I.L. J 764 y 1153, respectivamente, estiman que existe transgresión de la buena fe contractual en la actuación de dos trabajadores, consistente en desobediencia e indisciplina (el primer supuesto) y agresión física al empresario (en el segundo caso enjuiciado). Actuaciones que inciden enormemente en la buena marcha del trabajo. Para las Salas “su contumaz reiteración evidencian una indolente actitud de los trabajadores que supone una transgresión de la buena fe contractual”.

La **STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2004** (recurso 352/2003), I.L. J 792, aprecia, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador de una oficina bancaria, cuyas actuaciones se traducen en quebranto de depósitos en perjuicio de la entidad bancaria. 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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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 Cataluña de 11 de marzo de 2004** (recurso 9725/2003), I.L. J 794, falla la procedencia del despido disciplinario de un trabajador, basado en la transgresión de la buena fe contractual, por utilizar de forma privada inadecuada y excesiva, 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 cuándo se va a realizar la inspección conllevaría la destrucción y desaparición de la prueba, y por tanto de todo vestigio de una conducta irregular.”

Igualmente, la **STSJ de Galicia de 26 de enero de 2004** (recurso 6147/2003), I.L. J 807, 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 retribuidamente utilizando material de la empresa, transgrede la buena fe contractual.

En sentido análogo, las **SSTSJ de Castilla y León de 7 de enero de 2004** y **TSJ de Andalucía (Málaga) de 5 de marzo de 2004** (recursos 2621/2003, y 2185/2003), I.L. J 731 y 1047, respectivamente, aprecian asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en las conductas de sendos trabajadores. En el primer supuesto se analiza la conducta de un trabajador (Vigilante de seguridad), cuyas actuaciones se traducen en un sueño profundo durante el servicio. Según la Sala, tomando como referencia la doctrina emanada por el Tribunal Supremo:

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

En el segundo caso, la **STSJ de Andalucía (Málaga)** determina la procedencia del despido efectuado a un trabajador (vigilante jurado) que abandona su puesto de trabajo, para ir al bar regresando una hora más tarde ebrio, infringiendo con ello, su deber de buena fe.

De otro lado, la **STSJ de Extremadura de 14 de abril de 2004** (recurso 154/2004), I.L. J 866, al fallar a favor de la procedencia del despido, analiza el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente. Así, analiza el requisito de culpabilidad y gravedad contenido en el art. 54.2 ET. Según razona la Sala:

“Para constituirse en causa de despido y 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. Suficiencia que, además, no puede determinarse bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, un análisis individualizado de cada conducta.”

La **STSJ del País Vasco de 13 de enero de 2004** (recurso 2442/2003), I.L. J 830, enjuicia el despido disciplinario, que declara procedente al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual por agresión a la intimidad de una compañera, al introducirse y ocultarse en las duchas del vestuario femenino. En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 12 de marzo de 2004** (recurso 2405/2003), I.L. J 1049, determina la procedencia del despido efectuado a un trabajador debido al acoso sexual a que sometía a su compañera de trabajo. Su conducta se basó en la observancia de una conducta libidinoso no deseada ni deseable por la trabajadora destinataria, infringiendo con ello, el contenido del art 4.2.e) del ET. Relativo al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.

Finalmente, las **SSTSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2004**, **TSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de enero de 2004**, **TSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de febrero de 2004** y **TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de febrero de 2004** (recursos 266/2003, 2770/2003, 2804/2003 y 739/2004), I.L. J 1021, 1039, 1042 y 1159, respectivamente, enjuician varios despidos disciplinarios, que declaran procedentes al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual. En los casos, los actores, en situación de Incapacidad temporal, teniendo prescrito reposo, realizaron su actividad laboral. “La conducta quebrantó el tratamiento médico prescrito, que los actores, en el plano laboral, tenían la obligación de respetar”.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

Un significativo número de resoluciones analizan la improcedencia de los despidos efectuados en supuestos de contratación temporal sucesiva:

– La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de marzo de 2004** (recurso 217/2004), I.L. J 706, declara la conversión de la relación de trabajo en indefinida, en el caso de varios contratos temporales sucesivos debido a que “un contrato temporal inválido por infracción de los límites establecidos en su regulación propia con carácter necesario, constituye una relación laboral indefinida y no pierde esa condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales ni se rompe por cortas interrupciones que buscan parecer una nueva”.

– La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de enero de 2004** (recurso 2799/2003), I.L. J 709, resuelve a favor de la conversión de la relación de trabajo en indefinida, en el caso de varios contratos temporales sucesivos para la realización de una actividad similar

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

sin identificación de las obras o servicios, debido a que “un contrato temporal inválido por falta de identificación de la obra o servicio, constituye una relación laboral indefinida y no pierde esa condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales ni se rompe por cortas interrupciones que buscan parecer una nueva”.

– La **STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2004** (recurso 8817/2003), I.L. J 1037, falla la improcedencia de los despidos efectuados a varios trabajadores contratados por obra o servicio determinado condicionado a la duración de una contrata, debido a que los mismos no han sido destinados a la obra o servicio para los que fueron contratados.

– En el mismo sentido, la **STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2004** (recurso 24/2003), I.L. J 1023, basa la improcedencia del despido en una contratación fraudulenta realizada por una Empresa de Trabajo Temporal que decide, unilateralmente, cesar al trabajador en la prestación de sus servicios, al tiempo que exime de responsabilidad a la empresa usuaria.

Este supuesto se fundamenta en la sentencia en los siguientes términos: “La empresa que contrata con la empresa de trabajo temporal no realiza una contratación laboral con el trabajador; careciendo de muchas de las facultades que el poder de dirección atribuye en el contrato de trabajo. Por tanto la responsabilidad de la usuaria queda limitada únicamente a las responsabilidades salariales y de seguridad social, por lo que, en el primer caso, única y exclusivamente responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza estrictamente salarial, excluyéndose por tanto los salarios de tramitación y de las indemnizaciones por despido, así como cualquier otra consecuencia derivada de este último”.

– Finalmente, la **STSJ de Extremadura de 11 de junio de 2004** (recurso 318/2004), I.L. J 1099, desestima la improcedencia del despido de un trabajador contratado temporalmente, a través de un contrato por obra o servicio, hasta el fin de la dotación económica de la obra. Para la Sala:

“De la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el art. 52 del ET que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas. En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.”

De otro lado, diversas resoluciones judiciales, al fallar a favor de la improcedencia del despido, analizan el requisito de proporcionalidad entre el hecho determinante y la sanción que ha de mediar para la calificación de un despido procedente. Así, las **SSTSJ de Asturias de 20 de febrero de 2004** y **TSJ de Castilla-La Mancha de 16 de abril de 2001** (recursos 879/2003 y 319/2004), I.L. J 776 y 987, respectivamente, analizan el requisito de culpabilidad y gravedad contenido en el art. 54.2 ET. Según las Salas:

“Para constituirse en causa de despido y 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. Suficiencia que, además no puede determinarse bajo meros criterio objetivos, exigiéndose, por el contrario un análisis individualizado de cada conducta.”

En sentido análogo, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 20 de abril de 2004** (recurso 515/2004), I.L. J 1145, 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 de un despido disciplinario, basado en la indisciplinada o desobediencia en el trabajo.

Igualmente, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de marzo de 2004** (recurso 243/2004), I.L. J 741, declara la improcedencia de un despido basado en transgresión de la buena fe contractual de un trabajador por utilizar el correo electrónico de la empresa. La Sala argumenta:

“Es claro que el e-mail en nada puede perjudicar a la empresa si ha obrado como le es exigible, de buena fe, y no implica incumplimiento contractual alguno por parte del trabajador, ni deslealtad, ni desde luego abuso de confianza ni quebrantamiento de la buena fe, sin exceso alguno.”

De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2004** (recurso 210/2003), I.L. J 769, analiza un supuesto de extinción de contrato de trabajo en prácticas, en el que no ha podido tener efectividad la formación teórica, por lo que la Sala revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido, y la conversión en un contrato ordinario indefinido. La Sala lo fundamenta en los siguientes términos: “El artículo 22.4 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, señala que el contrato para la formación se considera de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica, es decir, se considerará como un contrato de duración indefinida por haberse celebrado en fraude de Ley”.

La **STSJ de Asturias de 30 de enero de 2004** (recurso 3888/2002), I.L. J 753, encausa la inexistencia de improcedencia del despido efectuado a una trabajadora que presta servicios en un hogar familiar, al no haber podido ser probada ni la dimisión del trabajador ni el desistimiento del empleador. La Sala argumenta:

“que el RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que excluye la aplicación subsidiaria de la normativa laboral común (Disposición Adicional Única), ya que no puede olvidarse que nos encontramos en presencia de una relación laboral especial, basada en la confianza, que cuando quiebra, por las razones que sea, no se puede imponer su pervivencia, en este sen-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

tido, se ha pronunciado la Sala en su reciente sentencia núm. 844/2002 de fecha de 17 de diciembre de 2002, recaída en el recurso de suplicación núm. 4039/2002”.

De otro lado, La **STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2004** (recurso 160/2004), I.L. J 981, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador emigrante que es cesado en la empresa por falta de renovación del permiso de trabajo estando dentro del plazo legal de renovación del mismo. Para la Sala:

“La Ley Orgánica 4/2000, 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 aquéllas 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.”

Asimismo, las **SSTSJ de Extremadura de 2 de febrero de 2004** y **TSJ de Madrid de 19 de enero de 2004** (recursos 840/2003 y 5061/2003), I.L. J 835 y 877, estiman la improcedencia de los despidos efectuados a sendos trabajadores cuya conducta, basada en responder de forma airada o realizar comentarios descalificativos a un agente de la autoridad, y diseñar páginas web, respectivamente, carecen de la gravedad suficiente para ser sancionados con el despido: Según ambas Salas:

“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.”

De otro lado, la **STSJ de Extremadura de 10 de febrero de 2004** (recurso 32/2004), I.L. J 837, falla la improcedencia del despido efectuado a un trabajador (Arquitecto) en un supuesto de extinción de la plaza del trabajador por contratación de otro trabajador (Arquitecto) en su puesto de trabajo. Para la Sala: “Por tanto, declara la inexistencia de la causa aducida por el demandado como justificativa de la extinción del contrato de trabajo, lo que convierte su comunicación extintiva en un despido que, con arreglo a los arts. 55.3 y 56 del ET ha de ser declarado improcedente”.

Asimismo, las **SSTSJ de Murcia de 12 de enero de 2004** y **TSJ de Extremadura de 27 de mayo de 2004** (recursos 1429/2003 y 242/2004), I.L. J 823 y 1096, desestiman, respectivamente, la inexistencia del despido ante la falta de acreditación de una disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo, por la inexistencia de un elemento de comparación que permita objetivamente cuantificarlo. Las Salas argumentan:

“La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo que como causa de despido establece el apartado e) del art. 54 del ET pues, para ser valorada como tal no sólo ha de ser voluntaria, como tiene afirmado el Tribunal Supremo entre otras sentencias de 30 de noviembre de 1987 y 18 de abril de 1991, lo que no es dado apreciar cuando no quede probada la intencionalidad del trabajador en su conducta dirigida a reducir o anular su productividad en perjuicio de la empresa; sino que además y como tiene afirmado la Sala entre otras coincidentes sentencias de 13 y 24 de mayo de 1991, para valorar la existencia de disminución del rendimiento del trabajador ha de existir un elemento de comparación que aparezca dentro de condiciones homogéneas que permita objetivamente cuantificarlo, como puede ser el rendimiento pactado o exigible.”

Siguiendo la doctrina jurisprudencial del tribunal Supremo, las **SSTSJ de Extremadura de 10 de marzo de 2004** y **TSJ de Murcia de 5 de abril de 2004** (recursos 76/2004 y 3553/2004), I.L. J 863 y 868, respectivamente juzgan dos despidos improcedentes en sendos supuestos de transmisión de empresas al no concurrir ninguno de los requisitos regulados en el art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores. Las Salas fundando su fallo en la STS de 29 de abril de 1998 argumentan:

“Resumiendo la doctrina expuesta, para que un nuevo empresario tenga obligación de subrogarse en los contratos de trabajo de un empresario anterior es necesario que exista una sucesión propiamente dicha, es decir, un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, en los términos del art. 44.1 del ET, con transmisión de los elementos materiales necesarios para continuar la misma actividad, o bien, en los supuestos de contrata o adjudicaciones para la prestación de un determinado servicio, que la subrogación venga exigida por una norma de convenio o por el propio pliego de condiciones de la contrata, no concurriendo en el presente caso ninguno de los requisitos.”

Asimismo, la **STSJ de Galicia de 23 de enero de 2004** (recurso 6045/2003), I.L. J 814, 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

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

La STSJ de Cantabria de 5 de enero de 2004 (recurso 1454/2003), I.L. J 680, estima la nulidad de un despido por causas discriminatorias y vulneración de los derechos de igualdad y libertad sindical, en el caso de un trabajador afiliado a un sindicato. La Sala falla sobre la existencia de discriminación:

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

Por el contrario, numerosas sentencias, como las SSTSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de marzo de 2004, TSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2004 y TSJ de Galicia de 26 de marzo de 2004 (recursos 243/2004, 2840/2003 y 509/2004), I.L. J 741, 857 y 1060, respectivamente, fallan a favor de la inexistencia de nulidad de sendos despidos, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación, ante la emisión de correos electrónicos de contenido crítico, pero sin el propósito de lesionar intereses empresariales y sin fin tendente a alterar la paz. Las Salas argumentan:

“Las causas esgrimidas por la misma en la empresa tienen una justificación objetiva y razonable que, con independencia que merezcan la calificación de procedente, permiten excluir cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado.”

En sentido análogo, numerosas sentencias revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos. Así, la STSJ de Madrid de 27 de enero de 2004 (recurso 4848/2003), I.L. J 873, 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. La STSJ de Galicia de 29 de enero de 2004 (recurso 6498/2003), I.L. J 813, desestima la nulidad del despido de un trabajador ante la terminación de su contrato laboral, no apreciando acción alguna de cesión ilegal y de despido lo que determina la inexistencia de litispendencia. La STSJ de Galicia de 2 de abril de 2004 (recurso 599/2004), I.L. J 1063, desestima la nulidad del despido de un trabajador ante la falta de indicios de lesión de derecho fundamental alguno. Finalmente, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de mayo de 2004 (recurso 739/2004), I.L. J 1159, desestima la nulidad del despido efectuado a un trabajador, ante la inexistencia de *mobbing*, que realiza una actividad laboral por cuenta propia durante una baja por incapacidad laboral.

De otro lado, las SSTSJ de Galicia de 26 de enero de 2004, TSJ de Madrid de 19 de enero de 2004 y TSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de febrero de 2004 (recursos 6147/2003, 5061/2003 y 2477/2003), I.L. J 807, 877, y 1043, respectivamente, revocan las senten-

cias 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 primer caso analizado 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. El segundo supuesto desestima la existencia vulneración del derecho a la indemnidad del trabajador debido a que la sanción y el despido posterior están referidos a hechos diferentes. Finalmente, la Sala del TSJ de Málaga desestima la nulidad del despido ante la falta de indicios que no aporta la demandante, probatorios de un trato discriminatorio.

Asimismo, sendas sentencias, como las **SSTSJ de Cantabria de 31 de marzo de 2004** y **TSJ de Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 2004** (recursos 296/2004 y 408/2004), I.L. J 700 y 995, desestiman la nulidad de los despidos efectuados, por causas objetivas, a dos trabajadores cuando tras superar un período de incapacidad temporal se reincorporan a su puesto de trabajo, pues “la enfermedad no es un supuesto discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 de la Constitución Española, y por consiguiente no puede reputarse como trato discriminatorio, el hecho que se despidiera al amparo de causas objetivas a la trabajadora transcurridos siete días de la reincorporación a su puesto de trabajo tras un corto período de incapacidad temporal”.

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA
BEGOÑA SESMA BASTIDA

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

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Funcionamiento interno del sindicato. B) Actividad sindical. C) Secciones y delegados sindicales. **2. Representación unitaria.** A) Facilidades y garantías de los representantes. B) Vicisitudes del censo de la plantilla y su repercusión en los órganos de representación unitaria. C) Represalias por la ocupación de un cargo de representación. **3. Conflictos colectivos.** A) Conflictos colectivos y conflictos plurales. B) Conflicto colectivo y movilidad funcional. C) Conflicto colectivo y complementos. **4. Derecho de huelga.** A) Sustitución de trabajadores huelguistas.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica comprende la jurisprudencia y doctrina judicial que se contiene en los números 4 a 8 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia del año 2004 (marginales J 943 a J 1192).

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Funcionamiento interno de los sindicatos

Dos SSTSJ de Murcia de 31 de mayo de 2004, I.L. J 1073 y 1074, resuelven un supuesto similar, en el que se ponen de manifiesto los problemas de disciplina interna que en ocasiones pueden surgir en el seno de un sindicato.

Ambas sentencias resuelven un supuesto de desliberación de un representante sindical por parte de la Gestora Autonómica del Sindicato. En ambos casos, el actor, funcionario público, fue elegido miembro de su comité ejecutivo en el V Congreso del Sector de Enseñanza de la UA de la Región de Murcia de CSIO-CSIF, celebrado en noviembre de 2000. El cargo tenía una duración de cuatro años. En el curso 2002-2003 el actor fue liberado por el Sector de Enseñanza, no siendo miembro de la Junta de Personal. En septiembre de 2003 la Gestora Autonómica del Sindicato comunicó al actor que quedaba “desliberado” y que se abstuviese de llevar a cabo cualquier actividad sindical en nombre y representación del sindicato, ante lo cual el actor comunicó al sindicato que no conocía las razones

de dicha actuación. Una vez que el sindicato recibió la comunicación del actor acerca del desconocimiento de los motivos que provocaban la privación de la condición de liberado, el secretario de la Gestora Autónoma comunicó al actor que se había decidido abrir expediente disciplinario contra él, con suspensión cautelar de militancia, de cargos y de representación. El actor presentó demanda sobre tutela de derechos fundamentales y libertad sindical contra la Gestora de la Unión Autónoma de CSI-CSIF y otros, solicitando la nulidad de la decisión por medio de la cual fue suprimida la liberación, así como de la que llevó a la apertura del expediente disciplinario. Adicionalmente, solicitó una indemnización de 10.200 euros. La pretensión del actor fue parcialmente estimada en cuanto al expediente disciplinario y la suspensión cautelar de militancia y del cargo de representación. Dicho pronunciamiento fue recurrido por el sindicato, para el cual el fallo de la sentencia vulneraba su derecho a la libertad sindical. Sin embargo, no lo considera así el Tribunal, pues mientras el actor no sea desposeído del cargo para el que se le eligió democráticamente y siga estando en el ejercicio del mismo, en representación de los trabajadores, no se le puede impedir su actividad sindical. Además, el sindicato tampoco puede impedir al actor su asistencia a la sede sindical sin justificación alguna, sin perjuicio de que sí resulte posible dejar sin eficacia la liberación que previamente se le había otorgado.

B) Actividad sindical

El asunto que se plantea en la **STSJ de Cantabria de 5 de enero de 2004**, I.L. J 681, ya fue resuelto por la **STS de 11 de febrero de 2003**, I.L. J 222, dictada en unificación de doctrina. La cuestión litigiosa se centra en determinar si un sindicato, considerado mayoritario o más representativo conforme al artículo 6.2 LOLS, no convocante de las elecciones sindicales en la empresa y que no tiene en ella representación sindical, puede llevar a cabo reuniones en su sede, una vez convocadas elecciones sindicales en ella. La titularidad del derecho de reunión, prevista en el artículo 8.1.b) LOLS, atribuida a los trabajadores de la empresa afiliados a un sindicato –y no a este último– es la razón por la cual no se puede considerar que negar a un sindicato mayoritario la posibilidad de celebrar una reunión en el contexto descrito vulnera su derecho a la libertad sindical. Los dirigentes sindicales podrán acceder a las instalaciones de la empresa, pero no están legitimados para convocar y tener reuniones dentro de dichas instalaciones con la totalidad de los trabajadores integrantes de la plantilla de la empresa.

En la **STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 2004**, I.L. J 688, también se plantea un asunto relacionado con las posibilidades de actuación que tiene un sindicato. En concreto, se discute si el sindicato Agrupación de Sindicatos Independientes (API), puede formar parte de una mesa de contratación, así como de ciertos grupos de trabajo creados al amparo del Acuerdo Marco para el Desarrollo y la Mejora de la Sanidad del que en un principio el sindicato reclamante no había formado parte. Este sindicato, tras las últimas elecciones celebradas a Juntas de Personal y Comités de Empresa, obtuvo representación sindical suficiente para formar parte de la Mesa Sectorial a la que se incorporó, y posteriormente

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

solicitó incorporarse también a las mesas de contratación y a los grupos de trabajo mencionados, pero la Consejería de Sanidad de Cantabria le negó dicha posibilidad. Ante esta negativa el sindicato mencionado formula demanda de tutela de su derecho a la libertad sindical, que en instancia no fue estimada. Sin embargo, en suplicación se reconoció su derecho a formar parte de la mesa de contratación porque cuenta con competencias de negociación amplias. Por otro lado, con fundamento en la diferencia entre la comisiones de negociación y las de seguimiento, se recuerda que no es constitucionalmente admisible excluir de los órganos encargados de funciones de negociación a un sindicato representativo que forma parte de la mesa sectorial.

Un supuesto parecido al anterior es el que resuelve la **STSJ de Asturias de 19 de marzo de 2004**, I.L. J 789. En este caso también se discute el derecho de un sindicato a formar parte de una comisión de seguimiento de un plan social firmado entre la empresa y otro sindicato, con anterioridad a que los resultados de las elecciones sindicales modificasen el número de miembros que cada sindicato tenía en el comité de empresa. En concreto, el problema se planteó como consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo en la empresa Cristalería Española, SA. Las condiciones, plazos y términos de las extinciones habían sido fijadas en un preacuerdo firmado entre la empresa y el sindicato CCOO. En el momento en el que se adoptó ese preacuerdo, a mediados de 1998, el comité de empresa estaba formado por 10 miembros de CCOO, 6 de UGT y 1 de USO. Tras las elecciones celebradas a principios de 1999 la configuración del comité de empresa era la siguiente: 6 miembros pertenecían a CCOO, 8 a UGT y 3 a USO. Teniendo en cuenta estos resultados, UGT reclamó formar parte de la comisión de seguimiento y desarrollo del plan social, a lo que CCOO se negaba. Los Tribunales, en cambio, respondieron afirmativamente a la solicitud de UGT, pues la representación de dicha comisión debía responder a criterios de proporcionalidad en función de los miembros existentes en el comité de empresa.

C) Secciones y delegados sindicales

La constitución de secciones sindicales es una manifestación de la actividad sindical. Precisamente, la pérdida de la condición de delegado sindical de una sección sindical es objeto de litigio en la **STSJ de Extremadura de 25 de mayo de 2004**, I.L. J 1094. El conflicto que da lugar a la sentencia tiene su origen en un pacto en materia de derechos sindicales en el que se estableció como ámbito de las Secciones Sindicales el propio de cada Área de Salud más los Servicios Centrales. Como consecuencia de dicho acuerdo se dan de baja dos Secciones Sindicales que existían en el Área de Salud de Badajoz (primaria y especializada) y se comunica a los delegados sindicales su cese en el cargo. Los Delegados Sindicales de cada una de estas dos Secciones interpusieron demanda sobre tutela del derecho de libertad sindical, que no fue estimada ni en la instancia ni posteriormente en suplicación. La doctrina que el Tribunal aplica a este caso es la que ya estableciera el TS en su Sentencia de 23 de julio de 1990, según la cual para que no se pierda la condición de miembro del Comité de Empresa es preciso que el centro de trabajo para el que el trabajador fue elegido subsista. Aplicando esta tesis al caso que nos ocupa, la conclusión del Tribunal no es otra que la inexistencia de vulneración de la libertad sindical, pues

en la medida en que se modifica el concepto de centro de trabajo, ya no existen los dos centros (área primaria y área especializada) sino uno solo (área de salud de Badajoz), de modo que quienes ostentaban el cargo de delegado sindical de aquellas dos secciones carecen, una vez que ya no existen dos secciones sino una sola, de la representatividad que legitimó su mandato. En definitiva, la extinción de los mandatos de los recurrentes por haber perdido la representatividad como consecuencia de la existencia de una nueva organización, no supone una vulneración de la libertad sindical.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Facilidades y garantías de los representantes

Una vez más se plantea una situación conflictiva respecto del uso del tablón de anuncios, en la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de abril de 2004, I.L. J 1141. En este caso el derecho al uso de un tablón de anuncios, que el artículo 8 LOLS reconoce a favor de los sindicatos más representativos, es reivindicado por un sindicato de reciente creación en el momento en el que pretende ejercitar ese derecho y que cuando así lo hace aún no se ha presentado a ningún proceso electoral. Los secretarios de este nuevo sindicato forman parte del comité de empresa, pero no en representación de dicho sindicato, pues fueron elegidos miembros de este órgano cuando integraban las listas de una central sindical diferente. Por este motivo, se entiende en la sentencia que la negativa de la empresa frente al nuevo sindicato no constituye una vulneración del derecho a la libertad sindical.

B) Vicisitudes del censo de la plantilla y su repercusión en los órganos de representación unitaria

En la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de mayo de 2004, I.L. J 1120, se plantea un asunto que ya fue resuelto en su momento por el TCT. Se trata de las consecuencias que la reducción de la plantilla puede tener sobre la pervivencia de los órganos de representación unitaria. Como se sabe, la tenencia de un delegado de personal o de un comité de empresa depende del número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo, de ahí que cuando se reduzca la plantilla pueda resultar necesario modificar el órgano de representación. Como ya se ha dicho, es éste un tema que ya había sido objeto de análisis por los tribunales para quienes la disminución del censo de la empresa con posterioridad a la elección y nombramiento de los correspondientes órganos representativos, ya sean como miembros del Comité de Empresa o como delegados de personal, no afecta a la realidad y composición de tales órganos. Por tanto, las posibles modificaciones respecto de los órganos de representación deberán llevarse a cabo de acuerdo con lo establecido en el convenio colectivo aplicable y, en su defecto, conforme a lo pactado entre las partes, pero en ningún caso puede actuar unilateralmente la empresa conformando el órgano de representación que corresponda en función de la nueva configuración de la plantilla.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

C) Represalias por la ocupación de un cargo de representación

La cuestión litigiosa en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de marzo de 2004, I.L. J 713, es la posible justificación del traslado de un trabajador que ostenta la condición de presidente del comité de empresa. El demandante presta servicios para la empresa Banco Español de Crédito y, como ya se ha dicho, ostenta la condición de presidente del comité de empresa. En febrero de 2003, mediante la oportuna comunicación se puso en conocimiento del demandante su traslado a otra oficina, sita en la misma ciudad en la que venía prestando servicios. Los motivos alegados por la empresa para llevar a cabo dicho traslado son de carácter organizativo, pues resulta necesario cubrir la vacante dejada por un trabajador que se había prejubilado. En su condición representativa el demandante había elaborado en octubre de 2002 algunos escritos en los que se vertían análisis críticos acerca de la política de recursos humanos de la empresa, y a su juicio la medida adoptada es una represalia adoptada en respuesta a dichos escritos. Por el contrario, el Tribunal considera que el importante lapso de tiempo transcurrido entre la elaboración de los escritos y la ejecución del traslado, unido a que éste se haya materializado una vez que se ha jubilado el trabajador al que sustituye el demandante constituyen indicios suficientes de la inexistencia de motivos sancionatorios o represivos. En otras palabras, el Tribunal entiende que no estamos ante una actuación contraria a la libertad sindical en la medida en que el traslado está plenamente justificado.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Conflictos colectivos y conflictos plurales

Como se sabe, la utilización del procedimiento de conflicto colectivo está sometida a una serie de límites. Así, en cuanto a la legitimación de los sindicatos para su interposición, hay que decir que no es absoluta, pues sólo lo están si su ámbito de actuación se corresponde con el ámbito del conflicto, tal y como se ha puesto de manifiesto en la STSJ de Galicia de 18 de marzo de 2004, I.L. J 1056, en la que se recoge la doctrina emanada del TS al respecto. De otro lado, la utilización de este procedimiento está condicionada a la concurrencia de ciertos requisitos, entre los que cabe mencionar la presencia de un interés colectivo y no de un interés meramente plural. Esta exigencia se puso de manifiesto en la STSJ de Cantabria de 5 de mayo de 2004, I.L. J 1015, en la que se discutía el modo de interpretar y, en consecuencia, de aplicar el contenido de una circular relativa al sistema de incentivos de la empresa. Lo que perseguía el sindicato accionante no era que se condenase a la empresa al pago de determinadas cantidades, sino la fijación del criterio correcto de aplicación del sistema de incentivos para el año 2002, de manera que no se trataba de determinar cómo debía aplicarse la norma a cada trabajador de forma individualizada con el objetivo de conocer sus derechos, sino de establecer un criterio de aplicación general sobre el devengo de los incentivos en virtud del cual, posteriormente, se resolverían los casos que se planteasen de forma individualizada. A juicio del Tribunal y ante las circunstancias descritas, en este caso concreto existía un interés colectivo y no meramente plural y por ello no hay inconveniente para considerar que el procedimiento de conflicto colectivo era el adecuado.

Lo mismo puede predicarse del supuesto que dio lugar a la **STS de 8 de julio de 2004**, I.L. J 938. En este caso se discutía si el procedimiento de conflicto colectivo era el adecuado cuando lo que se pretendía es que se declarase que cuando el personal que ostenta la categoría de especialista de acción social desempeña funciones de superior categoría, tiene derecho a percibir la prestación correspondiente a dicha categoría, concretando así el alcance de la norma aplicable al caso. Precisamente, en la medida en que lo único que se solicitaba era la determinación del alcance de un conjunto normativo se concluyó afirmando la posibilidad de utilizar el procedimiento de conflicto colectivo, pues concurría la existencia de un interés colectivo.

B) Conflicto colectivo y movilidad funcional

En la **STS de 15 de junio de 2004**, I.L. J 894, el TS hace hincapié una vez más en la necesidad de un elemento objetivo –referido al interés en presencia– y otro subjetivo –atinente a la estructuración del grupo de personas afectado– para que la utilización del procedimiento de conflicto colectivo resulte adecuada. Lo que se perseguía en este caso era que se declarase que la utilización de la figura de la movilidad funcional de carácter temporal realizada por la Administración para cubrir un determinado puesto de trabajo constituía fraude de ley. En el supuesto no concurría ni el elemento objetivo ni el elemento subjetivo propios del procedimiento de conflicto colectivo. Como se puede intuir, en este caso no existía un interés colectivo, general u homogéneo, que, por el contrario, resulta necesario para que el procedimiento de conflicto colectivo pueda ser utilizado. En realidad, se estaba ante una reclamación de carácter individual en la que se pedía que la plaza fuese cubierta de forma inmediata de acuerdo con el procedimiento establecido por el convenio colectivo aplicable, petición que no puede sustanciarse a través del procedimiento de conflicto colectivo porque no concurren los requisitos exigidos para ello.

C) Conflicto colectivo y complementos

En el caso que dio lugar a la **STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de junio de 2004**, I.L. J 977, se postulaba una declaración en la que se pusiera de manifiesto que el complemento de peligrosidad, reconocido en el Convenio Colectivo del sector, también resultaba aplicable al personal que ostenta la categoría profesional de especialista forestal de día que presta servicios en las empresas adjudicatarias de los servicios de incendios forestales. Pese a los argumentos esgrimidos por la empresa en virtud de los cuales se defendía que la utilización del procedimiento de conflicto colectivo para sustanciar dicha pretensión era inadecuado, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha entendió que no era así, pues el procedimiento de conflicto colectivo se puede utilizar cuando lo que se persigue es una declaración relativa al modo de interpretar la aplicación de un convenio colectivo, que era precisamente lo que se pretendía en el caso.

Así mismo, en la **STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2004**, I.L. J 1052, se plantea si el disfrute de una condición más beneficiosa puede ser objeto del procedimiento de conflicto colectivo. Una vez más se hace referencia a la distinción que existe entre conflicto colec-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

tivo y conflicto plural. Y una vez más se invoca la necesaria concurrencia de un elemento subjetivo, constituido por el hecho de que el conflicto afecte a un grupo genérico y homogéneo de trabajadores, y de un elemento objetivo, consistente en el interés general e indivisible que atañe al grupo en conjunto, aunque trascienda en sus consecuencias a cada uno de los miembros que constituyan aquél, de modo que el reconocimiento del derecho sea interesado no para cada uno de los trabajadores considerado individualmente, sino en cuanto colectivo, respecto de cualesquiera de los trabajadores en él comprendidos. En la controversia que se plantea en esta sentencia, el reconocimiento de la condición más beneficiosa consistente en la utilización de los coches de la empresa, afecta claramente a todos los trabajadores que llevan a cabo desplazamientos fuera de la planta en cumplimiento de las órdenes de sus Jefes de Sección. Ciertamente, y con independencia del número de trabajadores afectados, lo determinante es que estos trabajadores constituyen, al efecto, un grupo genérico y homogéneo, y ostentan un interés general e indivisible que atañe en conjunto a dicho grupo, por lo que no existe óbice procesal para utilizar el procedimiento de conflicto colectivo.

4. DERECHO DE HUELGA

A) Sustitución de trabajadores huelguistas

En la STSJ de Galicia de 31 de marzo de 2004, I.L. J 1061, se plantea un supuesto de esquirolaje interno. De acuerdo con esta sentencia, la utilización de una persona que ostenta un cargo directivo en un centro de trabajo para realizar una actividad no equivalente a su categoría profesional en un centro de trabajo distinto de aquél donde presta servicios habitualmente, y en el que se ha convocado una huelga, es una manifestación clara del esquirolaje interno que la norma prohíbe. También constituye una práctica contraria a la norma la sustitución de un trabajador huelguista por un trabajador contratado a través de una ETT el día inmediatamente anterior al comienzo de la huelga.

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (COORDINADORA)

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Contenido “normativo del convenio colectivo. A) Límites. B) Modificación sustancial. 3. Impugnación “directa” del convenio colectivo. 4. Convenios colectivos “extraestatutarios”. 5. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

1. CONSEDERACIÓN PRELIMINAR

La mayor parte de las sentencias reseñadas en la presente crónica, incluidas en la Revista Información Laboral-Jurisprudencia de Lex Nova, números 5, 6, 7 y 8 de 2004, contempla 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. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO**A) Límites**

Doble escala salarial y principio de igualdad. De acuerdo con la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de abril de 2004, I.L. J 990, respeta este principio el convenio que establece una diferencia salarial basada en el distinto encuadramiento profesional de los trabajadores, en atención a su experiencia, el haber sufrido o no cambios en el sistema de trabajo y a que su condición de fijos derive o no del cumplimiento del compromiso patronal de convertir contratos temporales en indefinidos:

“En el presente caso, la diferencia retributiva entre el peón especialista C y el peón especialista A radica en la percepción del denominado plus de productividad y calidad, ya que el resto de las percepciones son idénticas; plus que se cuantifica en atención a dos criterios que se recogen en el art. 28 del convenio. Por una parte, a la cantidad y calidad de trabajo en régimen de trabajo a tasa horaria que se define en el art. 20 del convenio; y de otra, en atención a la reclasificación profesional a que se refiere el art. 18 del convenio, que distingue entre aquellos trabajadores que han venido realizando su labor en régimen de

trabajo a incentivo (destajo) desde 1970 a 1983, que quedan encuadrados en la categoría de peón especialista A; y aquellos otros trabajos que no se encuentren en el caso anterior y hayan sido contratados en ejecución de la política empresarial de creación de empleo, que se encuadrarían en la categoría de peón especialista C (...).

A la vista de todo lo anterior, cabe concluir que no existe una diferencia retributiva entre las distintas categorías profesionales (...) que pueda tacharse de peyorativa o irrazonable, pues la diversidad en la percepción del complemento salarial discutido se funda en el distinto encuadramiento profesional de los trabajadores, que, a su vez, responde a la mayor o menor experiencia en el trabajo a desempeñar y en el hecho de haber pasado, los peones especialistas del grupo A, de prestar servicios en régimen de trabajo a incentivo (destajo) al nuevo sistema de trabajo a tasa horaria (...).

Tampoco debe olvidarse que la configuración de las nuevas categorías profesionales se produce en el ámbito de la negociación colectiva entre la empresa y los representantes de los trabajadores (...), en el que aquella adquiere el compromiso de reconvertir un 15 por 100 como mínimo, anual, de la plantilla de contratos temporales en indefinidos (...), nuevos trabajadores que son los que se integran en la categoría de peón especialista C, de ingreso en la empresa.”

B) Modificación sustancial

La necesidad de acordar con los representantes legales de los trabajadores la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo, prevista en el artículo 41 ET, no se extiende a las que figuren reguladas por el que tenga naturaleza de extraestatutario. Así, en relación con la modificación de este que afecta a los turnos de fines de semana y festivos, **STSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004, I.L. J 790.**

“El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores sólo exige el acuerdo con los representantes de los trabajadores para la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III y el pacto analizado en estos autos no tiene carácter de convenio colectivo estatutario, sino de pacto privado o extraestatutario (...).

Los pactos privados o extraestatutarios se incluyen dentro de la esfera de la negociación colectiva amparada por el artículo 37.1 de la Constitución, pero la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los mismos, en caso de necesidad, no requiere acuerdo con los representantes de los trabajadores, sino que la decisión vaya precedida de un período de consultas no inferior a quince días, trámite que la empresa ha cumplido.”

3. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

Legitimación activa de la Delegación del Gobierno en una Comunidad Autónoma. Dicha Delegación carece de legitimación para la impugnación de oficio de los convenios colectivos estatutarios negociados en la Comunidad Autónoma a la que se le hubiese

VIII. Negociación Colectiva

transferido la correspondiente competencia. Sin embargo, no sucede lo mismo cuando de lo que se trata es del ejercicio de la acción directa contemplada en el artículo 161.3 LPL, llevado a cabo en aras del interés general del Estado en la defensa de la legalidad, lesionado por infracciones de la ley o del ordenamiento jurídico en que se considere que incurre el convenio, no advertidas por la autoridad laboral autonómica competente para el registro de éste. Tal es el criterio que mantiene, ajustándose a la doctrina de la STS de 10 de junio de 2003, que transcribe en gran parte, la STSJ de Madrid de 23 de enero de 2004, I.L. J 818.

4. CONVENIOS COLECTIVOS “EXTRAESTATUTARIOS”

Adhesión individual. Para que pueda comportar la aplicación retroactiva del convenio extraestatutario es preciso que medie pacto en tal sentido en el propio convenio o en el momento de la adhesión, o que ésta se produzca inmediatamente después de la suscripción de aquél, en plazo previsto o razonable. Se pronuncia en tales términos la STSJ de Cantabria de 7 de enero de 2004, I.L. J 682:

El acto de adhesión, “salvo que expresamente se prevea otra cosa, tiene efectos *ex nunc*, conforme al artículo 1258 del Código civil, puesto que los contratos sólo obligan desde su perfeccionamiento. Claro está que las partes pueden pactar otra cosa, de forma que la adhesión pueda tener efectos retroactivos a determinada fecha y, por ello precisamente, con carácter general, puede afirmarse que cuando se firma un convenio extraestatutario que prevea una fecha de efectos económicos anterior a su firma, a falta de pacto expreso sobre la materia, hay que interpretar que la voluntad de los firmantes es que quienes se adhieran al mismo de manera inmediata, esto es, en un plazo razonable desde el momento en que el texto del convenio es conocido por los trabajadores (o en el plazo expresamente previsto en el propio convenio, si tal plazo se hubiese fijado), disfruten de los derechos económicos desde la fecha de efectos pactada.

Pero, salvo que se hubiese estipulado expresamente otra cosa en el convenio extraestatutario o en el momento de la adhesión individual, no puede legítimamente interpretarse que la adhesión individual realizada fuera del plazo previsto o del que, en defecto del mismo, pueda estimarse razonable, pueda tener efectos retroactivos, de forma que el trabajador pueda decidir meses o años después efectuar su adhesión y percibir las diferencias económicas resultantes con efectos retroactivos desde el momento de efectos del convenio que en principio rechazó. Esta interpretación de la voluntad de las partes negociadoras del convenio resulta, desde luego, excesiva, al menos a falta de pacto expreso en dicho sentido. Por consiguiente, conforme a las normas de interpretación de los contratos, no puede optarse por dar a la voluntad de las partes un sentido tan amplio y proclive a la transmisión de derechos a favor de una de ellas.

Al trabajador que se adhiere a un pacto o convenio extraestatutario extemporáneamente sólo le es aplicable el mismo desde el momento de la adhesión, tanto en lo que sea favorable como en lo desfavorable y, salvo pacto en contrario, no tiene derecho a la percepción retroactiva de diferencias económicas por períodos temporales anteriores a su adhesión”.

Modificación sustancial de las condiciones de trabajo pactadas. No precisa acuerdo con los representantes legales de los trabajadores, el cual queda reservado –artículo 41 ET– para la que afecte a condiciones de trabajo establecidas en convenios estatutarios (STSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004, I.L. J 790).

5. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Sobre la distinción entre comisiones negociadoras y comisiones de administración, así como la necesidad de que la constitución de las primeras cuente con los sindicatos que tengan legitimación en tal momento, aunque no hubiesen firmado el convenio o acuerdo colectivo de que se trate, **STSJ de Asturias de 19 de marzo de 2004**, I.L. J 789, con reproducción de la doctrina judicial sentada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

B) Por los Tribunales laborales

Recuerda y aplica la doctrina según la cual la interpretación que hace el juzgador de instancia del convenio colectivo, más objetiva, prevalece, sobre la del recurrente, salvo que aquella no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las reglas que rigen la actividad interpretativa, la **STS de 30 de marzo de 2004**, I.L. J 880.

Un supuesto más de resolución del conflicto de interpretación del convenio acudiendo tanto a las reglas que rigen la interpretación de las leyes como a las propias de la interpretación de los contratos, en **STSJ de Navarra de 20 de febrero de 2004**, I.L. J 1084. Reflexiona también la Sala sobre la interpretación general del convenio y su diferencia con la interpretación ordinaria, reproduciendo los términos de otra sentencia suya, de 30 de abril de 2003.

JAVIER GÁRATE

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento.
 4. Gestión. 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y
 enfermedades profesionales. 9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en
 materia de prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. A) Dinámi-
 ca de la prestación. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y san-
 ciones. 15. Procesos de Seguridad Social.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica las resoluciones judiciales incluidas en los números 5 a 8 de 2004 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 673 a J 1192).

1. FUENTES

No existe jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

En la STS de 17 de julio de 2003, I.L. J 936, sobre la procedencia o no del encuadramiento a tiempo parcial en el Régimen General de quien tiene la condición de administrador único de la empresa, pero que suscribe con ésta además un contrato –firmado por el mismo como representante de la empresa– a tiempo parcial con 20 horas de jornada y con la categoría de gerente, el tribunal aplica la doctrina recogida en sus Sentencias de 1 de julio y 5 de noviembre de 2002, 11 de febrero, 18 de marzo y 3 de junio de 2003, conforme a la cual, cuando se acredita que el administrador presta servicios para otra empresa es posible su encuadramiento a tiempo parcial en la primera empresa en la que trabaja con esta dedicación, procediendo el encuadramiento a tiempo completo cuando no exista esa situación de concurrencia de actividades y sólo se prestan servicios para una empresa, porque entonces no se entiende justificada en principio la dedicación parcial.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

La STS de 21 de abril de 2004, I.L. J 900, siguiendo la doctrina de sentencia anteriores del Tribunal Supremo considera competente la jurisdicción contencioso-administrativa para determinar la existencia de la obligación de cotizar en interpretación del art. 3.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral. Según consta en la sentencia, en diciembre de 2000 la actora fue nombrada personal sanitario no facultativo del Instituto Nacional de Salud (INSALUD) “para la realización de turnos de atención continuada en atención primaria como personal de refuerzo. Tanto el INSALUD como, una vez transferidos los servicios, el Servicio Riojano de Salud, la han venido dando de alta en el Régimen General de Seguridad Social y han cotizado los días efectivamente trabajados, dándola de baja los restantes días en los que no hubo prestación de servicios.

La actora reclamó en primera instancia que se declarase su derecho a permanecer en alta y cotizando ininterrumpidamente mientras estuvo vigente la relación estatutaria desde su nombramiento. Tal pretensión fue estimada en primera instancia y recurrida en suplicación por el Servicio Riojano alegando falta de competencia del orden social. El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja desestimó la demanda. El INSS recurre en unificación de doctrina y el Tribunal Supremo aborda la cuestión de la competencia haciendo suya la doctrina establecida en la STS de 29 de abril de 2002, por la cual el alcance de la expresión de “gestión recaudatoria” del art. 3.1.b) la Ley de Procedimiento Laboral “no debe entenderse en un sentido estricto, como la que se encamina a hacer efectivo el cobro de una deuda ya declarada y fijada en su importe sino que, de manera más amplia, tal expresión alcanza, cuando se trata de cotizaciones, no sólo 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”. Que la expresión “gestión recaudatoria” comprende también las acciones de liquidación se evidencia en que la norma se refiere expresamente a las actas de liquidación. Por otra parte, el art. 18 LGSS cuando define la recaudación como actuación tanto en vía ejecutiva como en período voluntario y precisamente en este último período se incluyen las operaciones típicas de declaración de la deuda, actas de liquidación, reclamaciones de deuda y otros actos recaudatorios conexos. En consecuencia, el Tribunal Supremo considera que en esta actuación es competente la jurisdicción contencioso-administrativa. Pese a la declaración de incompetencia sobre este asunto, el Tribunal entra en la otra cuestión litigiosa planteada dando la razón al Servicio Riojano de

IX. Seguridad Social

Salud al determinar que la Administración del Estado responde de la situación económica y administrativa del personal a su servicio con anterioridad a la transferencia de competencias y el INSALUD deba considerarse un organismo integrante de tal Administración.

En esta STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de mayo de 2004, I.L. J 1123, se matiza la doctrina iniciada por la STS de 8 de mayo de 1997 sobre ponderación de la voluntariedad empresarial en los descubiertos temporales de cotización y, en concreto, la toma en consideración para determinar la existencia de dicha responsabilidad del perjuicio causado al trabajador en su derecho a acceder a la pensión.

El actor, quien desde 1971 viene prestando sus servicios como médico en el Hospital General Yagüe de Burgos, había desarrollado con anterioridad al 1 de enero de 1967 su actividad como médico interno residente en el Hospital Central de Asturias perteneciente al INSALUD. Con fecha de 26 de junio de 2003 el actor presentó solicitud de jubilación anticipada ante el INSS. Dicha petición fue denegada por el INSS al considerar que el actor carecía de la condición de mutualista con anterioridad al 1 de enero de 1967. El 16 de febrero de 1989, el Juzgado de lo Social de Burgos reconoció como tiempo de servicios prestados por parte del actor una serie de períodos entre 1966 y 1971. Finalmente la sentencia recurrida en suplicación estimó el derecho del actor a la pensión de jubilación anticipada debiendo hacerse cargo de su abono el INSS y la TGSS en un 84 por ciento y el Servicio Público de Salud del Principado de Asturias (SESPA) en un 16 por 100. Recurren dicha sentencia tanto el SESPA como el INSS.

En contestación a las alegaciones realizadas, el TSJ considera que la relación de los médicos internos residentes se ajusta a la definición de trabajador del art. 1.1 ET y debe considerarse una relación laboral tal como se estableció en la STS de 15 de febrero de 1999. En aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo citada nos hallaríamos ante una relación laboral especial dadas sus connotaciones formativas, en cualquier caso, dentro del ámbito del art. 1.1 ET. A su vez, el TSJ desestima la alegación del INSS de falta de voluntariedad empresarial en el descubierto de cotizaciones. El INSS en sus alegaciones hace suyas la argumentación del Tribunal Supremo en relación a la ponderación de la voluntariedad empresarial en los descubiertos temporales de cotización. Para ello, aparte de la argumentación tradicional de no responsabilidad ante descubiertos ocasionales o esporádicos por parte del empresario aporta la doctrina iniciada en la STS de 8 de mayo de 1997, según la cual “para no vulnerar el principio constitucional *non bis in idem* la responsabilidad empresarial en las prestaciones por falta de cotización tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de cotización exigido”. Entiende el Tribunal Superior de Justicia que dicha doctrina no es aplicable cuando estamos ante riesgos profesionales pues ésta se construyó pensando exclusivamente en prestaciones cuya obtención dependen de la cobertura de un período cotizado. Se atiene pues a la doctrina tradicional a la hora de ponderar la responsabilidad empresarial y estima que el incumplimiento del INSS tuvo carácter voluntario y definitivo en tanto que el INSALUD tenía conocimiento de la sentencia del Juzgado de lo Social que en el año 1989 requirió a la TGSS de regularización de la situación laboral del actor.

7. RECAUDACIÓN

En la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2004, I.L. J 788, se trata de un supuesto en el que un trabajador cuyo despido es calificado improcedente en instancia, es posteriormente calificado nulo en suplicación. Habiéndole sido reconocida la prestación por desempleo tras la primera sentencia, la cuestión radica en dilucidar si, tras la segunda sentencia por la que es readmitido y percibe los salarios dejados de percibir desde el despido, debe reintegrar las prestaciones por desempleo recibidas durante ese período. La respuesta ofrecida por la Sala es favorable a dicho reintegro, remitiéndose a la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la incompatibilidad de la prestación o subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena que establece el art. 221 LGSS, no puede reducirse al trabajo en sí mismo sino también a la incompatibilidad con los salarios de tramitación derivados de aquél.

Por su parte, pueden citarse diversas Sentencias del TS (SSTS de 13 de julio de 2004, I.L. J 966, de 20 de julio de 2004, I.L. J 967, de 20 de julio de 2004, I.L. J 968, y de 20 de julio de 2004, I.L. J 96) que tratan un supuesto común. Como ponen de manifiesto tales pronunciamientos, sólo pueden recurrirse en casación para la unificación de doctrina las sentencias contra las que no cabe el recurso de casación ordinario, siempre que su cuantía exceda de tres millones. Cuando estamos ante cuotas por débitos a la Seguridad Social, la cifra a tomar en consideración son las cuotas mensuales, según reiterada doctrina jurisprudencial.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

La STSJ de Castilla-León (Valladolid) de 20 de enero de 2004, I.L. J745, examina un accidente de trabajo en el que por omisión de las medidas de seguridad e higiene corresponde imponer un recargo al empresario. Y al respecto señala que la gravedad de la omisión de las medidas de seguridad e higiene no viene determinada por la apreciación que de la misma pueda hacer la Inspección de Trabajo en el acta de infracción ya que dicho acto administrativo es un acto independiente (siendo revisable ante la jurisdicción contencioso-administrativa), siendo el juzgador de instancia el que ha de apreciar la gravedad de la falta y, en consecuencia, el porcentaje aplicable al recargo por falta de medidas de seguridad. Por consiguiente, la concreción del porcentaje del recargo queda en manos del jugador, quien dispone de un amplio margen de apreciación en su determinación. Ahora bien, la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio general de gravedad de la falta, pudiéndose revisar cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal.

La STSJ de Asturias de 23 de enero de 2004, I.L. J 751, establece que el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene ha de aplicarse con criterio restrictivo y en particularizado examen del conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Atendiendo a que el nexo de causalidad que necesariamente debe concurrir entre

IX. Seguridad Social

el incumplimiento empresarial y el riesgo requiere: a) la infracción de una medida de seguridad; b) relación de causalidad entre la infracción y el daño; c) una negligencia empresarial, y d) que la conducta empresarial sea impropia de un buen empleador. El nexo causal necesario puede romperse, y por tanto, exonerar de responsabilidad al empresario, si concurre culpa del trabajador por haber sido éste negligente. Ya que con su conducta el trabajador provoca que el accidente ocurra no por la falta de medidas de seguridad sino por su imprudencia. Por consiguiente, para articular esa ruptura del nexo causal y exonerar de responsabilidad al empresario es preciso, en un supuesto de concurrencia de culpas, atender a la que sea más relevante, negando la existencia del recargo cuando sea de mayor importancia a efectos causales, la conducta del accidentado.

La **STJ de Castilla-La Mancha de 22 de junio de 2004**, I.L. J 976, señala la inexistencia de responsabilidad civil de la empresa dada su conducta garantista en relación a la salud del trabajador, sometiéndose a todos los controles e informes en materia de seguridad e higiene. Según se desprende de la sentencia, el actor estuvo trabajando para una empresa de fabricación de muebles de baño con la categoría profesional de peón en el puesto de trabajo de barnizado desde 21 de enero de 1997 hasta el 29 de julio de 2001. En 2002 se le declaró por sentencia afecto de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual de pintor de muebles, derivada de enfermedad profesional. En la sentencia se declara probado que la empresa empleadora disponía de equipos de protección individual y que en 1997 solicitó a Fremap un informe sobre el nivel de concentración de vapores orgánicos respecto del mismo puesto de trabajo. Igualmente en 1998 la Consejería de Industria de la CA evaluó e informó sobre los riesgos laborales y en 2002 Fremap realizó una memoria de la actividad preventiva. Desde el año 2000 la empresa dispone de un delegado en prevención de riesgos laborales. También consta probado que durante el tiempo que vino prestando sus servicios el actor, fue sometido a reconocimientos médicos resultando apto para su trabajo no habiendo causado baja por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional. El actor solicita ser indemnizado en suma de 60.000 euros ante el incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene por parte de la empresa que le ocasionaron la enfermedad profesional; responsabilidad que podría surgir independientemente de la responsabilidad por prestaciones de la Seguridad Social, del recargo por faltas de medidas de seguridad y de las posibles sanciones administrativas. Acoge el TSJ la sentencia de la misma sala con fecha de 18 de junio de 2004 que compendia las principales características de esta responsabilidad en atención a la doctrina del Tribunal Supremo de manera que: a) la responsabilidad debe ser subjetiva y culpabilista; b) La responsabilidad civil se organiza al margen y con autonomía de otras posibles responsabilidades penales, administrativas y de Seguridad Social (de prestaciones o por recargo de medidas de seguridad e higiene). Si bien, a pesar de tal autonomía se parte de que ante un daño indemnizable aparece una sola responsabilidad reparadora. Por lo cual del importe total de la indemnización se deduce lo ya percibido por el indemnizado en esas otras vías; c) pero, como excepción de lo anterior no se deduce de la indemnización civil lo abonado como recargo de prestaciones dada la regla de compatibilidad *ex art. 123.3 LGSS*; d) el daño indemnizable es entendido en sentido amplio comprendiendo los daños materiales y morales y sociales, el daño emergente y el lucro cesante. Pero no hay baremo legal a estos efectos, siendo libre el juzgador de acudir a criterios de analogía; e) la prescripción aplicable es la de un año del art. 59 ET y el

dies a quo es cuando la acción pudo ejercitarse, por ejemplo, al término de las diligencias penales.

En el caso presente, el TSJ no aprecia que concurra una actuación empresarial susceptible de ser catalogada como culpable, negligente o descuidada determinante de la enfermedad padecida por el actor puesto que la empresa desplegó una conducta garantista de la salud de los trabajadores “sometiéndose a todos los controles e informes necesarios en materia de seguridad e higiene, tratando de preservar la salud e integridad física de los empleados”.

La **STJ de Galicia de 26 de marzo de 2004**, I.L. J 1058, parte de la unidad de culpa cuando vigente el contrato se produce un acto ilícito extracontractual. Recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 3 de octubre de 1995, de 30 de septiembre de 1997) el TSJ considera que la indemnización complementaria con base a responsabilidad contractual o extracontractual se da sólo “cuando conste o se acredite una efectiva conducta empresarial causante directa del daño o que haya servido para aumentar el riesgo del propio trabajo realizado”. Según consta en demanda, la actora trabajaba como cocinera en una residencia de la fundación empleadora. En 1997 mientras desarrollaba su trabajo, sufrió un accidente laboral al quemarse con agua hirviendo volcándosele la olla de 20 a 30 kilos sobre la mano izquierda. A raíz de tal percance la actora sufre malformaciones y una limitación en el uso de la mano por lo que le fue declarada afecta de una incapacidad permanente total para la profesión habitual. El TSJ advierte infracciones de la empresa en materia de seguridad e higiene pues carecía de un plan de evaluación de riesgos, no acondicionó convenientemente las instalaciones de la cocina ni informó a la trabajadora de sus riesgos. Aprecia, pues, una conducta culposa de la empresa por existir contravenciones de las obligaciones en materia de seguridad e higiene. Sin embargo, al concurrir conducta negligente de la trabajadora en el caso concreto –pues no solicitó ayuda a otros empleados para levantar la olla y pretendió a su vez abrir la puerta–, entiende el Tribunal que como compensación a dicha negligencia la indemnización debe reducirse a la mitad de la cuantía solicitada.

El trabajador, de nacionalidad rumana, venía desarrollando desde hace sus meses su actividad laboral como peón en una empresa vinícola. El trabajador falleció al caerle una piedra en la cabeza cuando realizaba labores de albañilería en uno de los calados que disponía al empresa. Dicho calado se había construido por perforación en una montaña sin que se hubiese recubierto su techo para sostenimiento del mismo en evitación de caídas o desprendimiento de materiales. La Inspección de Trabajo levantó acta de infracción a la empresa empleadora con propuesta de sanción. El trabajador carecía de permiso de trabajo y no había sido afiliado ni dado de alta en la Seguridad Social. La demanda de los causahabientes del trabajador fallecido fue estimada y se declaró a la empresa responsable en orden a las prestaciones con anticipo del pago a cargo de la mutua quien podrá reclamar la deuda a aquélla y subsidiariamente en caso de insolvencia al INSS y Fondo de Garantía de Accidentes. El INSS recurrió en suplicación alegando, entre otros motivos, la no inclusión del trabajador fallecido dentro del ámbito de aplicación de la Seguridad Social regulado

IX. Seguridad Social

en el art. 7.1 LGSS. La STSJ de La Rioja de 16 de marzo de 2004, I.L. J 1085, desestima la pretensión de la entidad gestora haciendo suyos los argumentos que en unificación de doctrina estableció la STS de 9 de julio de 2003 que, por su importancia, exponemos a continuación. Según dicha sentencia, el mecanismo del alta de pleno derecho del art. 125.3 LGSS es aplicable al trabajador extranjero no autorizado legalmente para trabajar. Como precepto de apoyo se cita el art. 33.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Según dicho precepto la carencia de la correspondiente autorización para trabajar no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero. Por otra parte, en base al art. 106.1 LGSS la jurisdicción contencioso-administrativa señala la obligación de cotizar por los extranjeros que desarrollen su actividad profesional sin los correspondientes permisos. Otros apoyos adicionales a esta argumentación es el reconocimiento implícito que hace la LO 4/2000 del derecho al cobro de las prestaciones de los extranjeros en situación irregular cuando impide la expulsión del extranjero que sea beneficiario de una prestación por incapacidad permanente de trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo (art. 57). Por último, cabría aplicar el Convenio 19 de la OIT sobre accidentes de trabajo que obliga a dispensar el mismo trato a los trabajadores extranjeros que a los nacionales. En todo caso, en nuestro ordenamiento continúa vigente el art. 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 que contempla la necesaria reciprocidad que será reconocida en todo caso en materia de riesgos profesionales. En base a todos estos argumentos, entiende el TSJ que es aplicable a este supuesto la garantía de alta de pleno derecho, la automaticidad de las prestaciones y la responsabilidad en orden a las prestaciones de la empresa infractora.

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

La STS de 1 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 927, entiende que en los supuestos de incapacidad temporal derivados de contingencias comunes que sean asegurados con una Mutua, resulta responsable subsidiario el INSS, aunque no sea una situación expresamente prevista por el art. 126 LGSS. En estos casos el organismo público actúa como garante subsidiario del pago de las prestaciones ante situaciones en las que la Mutua pudiera resultar insolvente.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No existe jurisprudencia en la materia.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

Según la STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2004, I.L. J 700, la enfermedad en el sentido de incapacidad para el trabajo, y que puede hacer que el mantenimiento del contrato no sea rentable para la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del art. 14 de la CE, aunque pudiera serlo en otras

circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación. El prescindir de un trabajador por el mero hecho de estar de baja no es una causa lícita de extinción del contrato, pero su alegación no determina la nulidad del despido sino su improcedencia.

La **STSJ de Extremadura de 17 de febrero de 2004**, I.L. J 841, entiende que la baja por incapacidad temporal por depresión que sufrió el trabajador provocada por la actitud de sus compañeros debe ser conceptualizada como accidente de trabajo y no como enfermedad profesional, ya que se trata de una patología cuya causa fundamental, sino exclusiva es el ambiente y condiciones de trabajo, con lo cual estamos ante uno de los supuestos de accidente de trabajo recogido en el art. 115 de la LGSS al no romperse el nexo causal entre el trabajo y la enfermedad psíquica.

La **STS de 1 de junio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 927, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, señala que en los supuestos de aseguramiento de las prestaciones por incapacidad temporal derivadas de enfermedad común en una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, aunque la responsabilidad en el pago de dichas prestaciones recaiga en dichas Mutuas, ello no exime al INSS de responsabilidad, sino que queda como garante subsidiario del pago de aquellas prestaciones para el caso de insolvencia de la empresa y de la Mutua. Hay que tener en cuenta que: la función colaboradora de la empresa no puede equipararse al autoaseguramiento; que pese a la colaboración, la mecánica de la relación jurídica de la Seguridad Social se mantiene en su esencia, y que el término “autoaseguramiento” no puede llevarse hasta sus últimas consecuencias, porque ello chocaría frontalmente con los principios más elementales de un sistema público de Seguridad Social como el actual. Pero en cualquier caso la responsabilidad del INSS es subsidiaria respecto de la Mutua aseguradora, no de la empresa, pues su responsabilidad deriva de su condición de último garante de aquellas prestaciones a que todo trabajador en alta tiene derecho.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 2004**, I.L. J 992, no se entiende en situación asimilada al alta la del trabajador que inicia un segundo proceso de incapacidad temporal habiéndose extinguido la relación laboral durante el primer proceso.

En la **STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2004**, I.L. J 1021, se discute la procedencia del despido motivado por el desempeño del trabajador de actividades profesionales durante el período de incapacidad temporal. Según esta sentencia, el empresario tiene un interés directo en que durante la situación de baja por incapacidad temporal el trabajador, que tiene suspendido el contrato de trabajo sin prestar servicios, observe un comportamiento adecuado en orden a la curación de su enfermedad que no impida su recuperación. En el caso de autos, la trabajadora durante la baja médica por síndrome depresivo, desempeñó funciones de auxiliar administrativa, hechos constitutivos de una transgresión de la buena fe contractual al ser la misma actividad que desarrollaba en su empresa y con independencia de si recibía o no retribución por la misma. Y es que no puede admitirse que si se padece un síndrome depresivo relacionado con el trabajo, se lleve a cabo una actividad coincidente con la laboral en otra empresa distinta del mismo sector.

12. MATERNIDAD

El TS desestima, en su STS de 21 de junio de 2004, I.L. J 901, el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por actor para obtener el reembolso de gastos médicos ya que entiende que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del art. 5.3 del RD 63/1995 sobre urgencia vital. El paciente decidió no esperar a la decisión de la medicina pública dirigiéndose a la medicina privada, el Tribunal mantiene que es totalmente diferente el supuesto de la Sentencia con la que se comparara en la que ante un cuadro grave y urgente la medicina pública no actuó y se tuvo que acudir a la intervención de una clínica privada.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

Régimen Especial del Mar

La STS de 5 de julio de 2004, I.L. J 946, analiza el recurso planteado por el Instituto Social de la Marina contra una sentencia que le condenaba a pagar una prestación de viudedad SOVI. La contingencia de viudedad es aquí irrelevante, como el tribunal pone de manifiesto al analizar la sentencia de contraste aportada para formalizar el recurso y que se refería a una pensión de jubilación; la discusión se centra en las cotizaciones que fueron tomadas en consideración para considerar cumplido el requisito de carencia, ya que tales cotizaciones habían sido abonadas al Montepío Marítimo Nacional. La sentencia analiza los orígenes y evolución de tal montepío hasta su integración en el Instituto Social de la Marina en 1974, para concluir que “la afiliación al Montepío Marítimo nacional fue un régimen sustitutorio del establecido en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez”; y como ya habían manifestado otras sentencias relativas a instituciones semejantes, las cotizaciones efectuadas a estos sistemas de protección sustitutorios del SOVI, anteriores a 1967, deben producir un efecto equivalente a la cotización SOVI.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

No existe jurisprudencia en la materia.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ÉSTEBE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

X. **PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**

Sumario*:

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) *Requisitos de acceso a la protección.*

c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) *Compatibilidad e incompatibilidades.* D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros subsidios especiales.

c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) *Compatibilidad e incompatibilidades.* E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago.

G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) *Requisitos de acceso a la protección.*

b) *Contenido de la prestación.* a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) *Jubilaciones anticipadas.* f) *Compatibilidad e incompatibilidades.* B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales.

c) Cuantía y dinámica. d) *Compatibilidad e incompatibilidades.* C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria. a) *Mejoras voluntarias* b) Planes de pensiones.

3. Incapacidad permanente. A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) *Concepto. Grados y baremos.* a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial.

c') *Incapacidad permanente total.* d') *Incapacidad permanente absoluta.* e') *Gran invalidez.* b) *Requisitos del beneficiario.* c) *Prestaciones económicas.* a') Clases y cuantía de las prestaciones.

b') *Base reguladora de las prestaciones.* c') *Responsabilidad del pago de las prestaciones.* d) *Dinámica de la protección.* e) *Compatibilidad e incompatibilidades.* B) *Invalidez permanente (modalidad no contributiva).* a) *Concepto.* b) *Requisitos del beneficiario.* c) *Cuantía de la pensión.* d) *Dinámica de la prestación.* e) *Compatibilidad e incompatibilidades.*

4. Muerte y supervivencia. A) *Requisitos del sujeto causante.* B) *Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos.* a) *Viudedad.* b) *Orfandad.* c) *Pensión en favor de familiares.* C) *Cuantía de las pensiones.* D) *Dinámica de la protección.* E) *Régimen de incompatibilidades.*

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 5 a 8 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 673 a J 1192).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

En el caso resuelto por la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de marzo de 2004, I.L. J 715, la empresa en la que trabaja la demandante presenta solicitud de expediente de regulación de empleo, consistiendo el mismo en la extinción de determinados contratos de trabajo y en la transformación de fijos ordinarios en fijos discontinuos, siendo este último el supuesto que afecta a la demandante.

Como sabemos, el contrato de trabajo de fijos-discontinuos ha pasado a tener un régimen jurídico diferenciado del previsto en el contrato de trabajo a tiempo parcial, para integrarse en el artículo 15.8 ET. Si bien, lo cierto es que el contrato de fijos-discontinuos no deja de ser una modalidad de contratación a tiempo parcial, habida cuenta de que el citado artículo considera como tal el que se concierte para la realización de trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos y que no se repitan en fecha cierta, dentro del volumen normal de la actividad de la empresa.

Por otro lado, el artículo 12.4.e) del ET establece que “la conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial, y viceversa, tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo de la letra e) del apartado 1 del artículo 41”. Añade, además, que el trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión.

Ahora bien, respecto al derecho o no de la demandante a percibir la prestación por desempleo, derivada de la época de inactividad laboral producida inmediatamente después a la conversión de su contrato, hemos de decir que no es determinante el que la conversión de su contrato obedeciera a su voluntad, pues el artículo 208.4 LGSS dispone que “se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores fijos discontinuos en los períodos de inactividad productiva”, sin que se haga mención alguna a la voluntariedad en la inactividad temporal.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Por lo tanto y como conclusión hay que decir que dado que la actora adquirió la condición de fijo discontinuo antes de la interrupción del contrato por llegada de la temporada baja y que el período de inactividad posterior a ello se haya considerado como situación legal de desempleo, no cabe argumentar existencia de fraude de ley, declarándose el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo.

A la misma conclusión se llega en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de marzo de 2004, I.L. J 1165.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

El caso planteado en la STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2004, I.L. J 760, resuelve el recurso interpuesto por el actor al que se la ha denegado en primera instancia el derecho a la percepción de prestación por desempleo, por haber solicitado la misma tras un breve período como autónomo y alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, posterior al despido como trabajador por cuenta ajena, momento en el cual el trabajador se hallaba en situación de incapacidad temporal por enfermedad común.

Por otro lado, hay que resaltar que no consta que el actor efectuara la solicitud de la prestación por desempleo antes de los quince días que la ley establece para hacerlo, sino que en el momento en que lo hizo, el actor ya no procedía de la situación legal de desempleo, sino de la de trabajador autónomo que causa baja en el RETA.

Por tanto, como pone de manifiesto el Tribunal, nos encontramos ante un supuesto que no encaja en el artículo 208.1 LGSS, por lo que no puede entenderse que el actor se encontrara ya, en la fecha de la solicitud, como sí se había encontrado con anterioridad, en situación legal de desempleo.

Sin embargo, el hecho de que este supuesto no esté expresamente previsto en las normas jurídicas sobre desempleo, no impide, como ha entendido el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de julio de 2001, que, seguida una actividad por cuenta ajena de otra por cuenta propia, deba ser ésta de peor condición, sancionando la diligencia en la autoocupación con la pérdida de la prestación por desempleo.

Por tanto, debe entenderse que el artículo 209.1 LGSS cuando establece que deberán solicitar a la entidad gestora competente el reconocimiento del derecho a las prestaciones, que nacerá a partir de la situación legal de desempleo, siempre que se solicite en el plazo de los quince días siguientes, debe interpretarse en el sentido de que el cómputo del plazo de quince días, se inicia en la fecha en que se extingue la prestación de la actividad laboral por cuenta ajena, cuando tal extinción no es seguida por inmediata actividad laboral por cuenta propia y, que en el supuesto de que la extinción de la relación laboral es seguida de forma inmediata por trabajo por cuenta propia, ha de iniciarse a partir de la fecha en que finaliza esta actividad.

Ahora bien, en el caso concreto resuelto en esta sentencia, también entra en juego el período en que el actor se encontró en situación de incapacidad temporal, por lo que la

solución adecuada es entender que el actor tiene derecho a la prestación por desempleo, si bien, con descuento del período de simultaneidad de las situaciones de incapacidad temporal y desempleo, dada la incompatibilidad de ambas situaciones.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Jubilación de religiosos secularizados: capital coste de pensión

En relación con la jubilación de los sacerdotes y religiosos o religiosas secularizados, cuestión a la que se ha hecho ya referencia en crónicas anteriores, la **STS de 21 de junio de 2004**, u.d., I.L. J 921, se pronuncia sobre la cuestión de si en la carrera de seguro de dichos religiosos secularizados ha de contar o no como período de aseguramiento el tiempo de servicios religiosos prestados fuera de España. Al respecto, se señala que es ya doctrina jurisprudencial unificada que ni la norma que establece el cómputo del período de seguro de los sacerdotes y religiosos secularizados (la Disposición Adicional Décima de la Ley 13/1996, desarrollada por los RRDD 487/1998 y 2665/1998) ni los RRDD 2398/1977 y 3325/1981 de inclusión de sacerdotes y religiosos en la Seguridad Social están exentas de las exigencias legales de encuadramiento dentro del marco de protección del sistema de la Seguridad Social, una de las cuales es la establecida en el artículo 7.1 de la LGSS de ejercicio de la actividad “en territorio nacional”. Por consiguiente se concluye que no son computables como cotizados los períodos de profesión religiosa ejercidos fuera de España.

b) Contenido de la prestación

a’) Base reguladora

– Cálculo de la base reguladora

La cuestión planteada en las **SSTS de 24 de junio (dos) y de 1 de julio (dos) de 2004**, u.d., I.L. J 907, 930, 939 y 1190, consiste en determinar si un trabajador que se incorpora, tras la entrada en vigor de la Ley 26/1985, a un Plan de Reconversión aprobado con anterioridad a su vigencia, queda sometido necesariamente a las previsiones de dicha Ley para el cálculo de la base reguladora de su pensión de jubilación o, por el contrario, tiene derecho a optar por el sistema que regulaba la normativa anterior. Se trata, en definitiva de establecer si es o no de aplicación al caso lo previsto en la Disposición Transitoria Primera.² de la Ley 26/1985, cuyo contenido quedó luego incorporado a la Disposición Transitoria Tercera.³ de la LGSS. En definitiva, lo que se plantea en esta Sentencia es el alcance que debe reconocerse a la Disposición Transitoria

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Tercera.3 de la LGSS, supuesto que, no obstante, ha sido ya objeto de unificación por el Tribunal Supremo.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido que debe darse un sentido amplio a la expresión “plan de reconversión” que constituye el eje central de la citada Disposición Transitoria Tercera.3 LGSS, equiparándolo al programa de cada empresa. Del grupo normativo regulador de esta materia se desprende, según la interpretación del Tribunal Supremo, que el legislador social quiso dar al término “plan de reconversión” el alcance de “planes de reconversión de empresas”, de forma que las ayudas equivalentes a las jubilaciones anticipadas, a las que se refiere, ampliando el derecho de opción, la Disposición Transitoria Tercera aquí comentada, no se recogían genéricamente en los Planes Sectoriales, sino a cada empresa y tras la aprobación de su programa. Por tanto la norma cuya interpretación es debatida se refiere exclusivamente a los trabajadores de tales empresas que por no tener cumplidos en aquel momento los 60 años de edad, no habían podido aún solicitar individualmente dichas ayudas.

De esta forma, en el caso de trabajadores afectados por Expediente de Regulación de Empleo que, extinguida su relación laboral, suscriben el correspondiente contrato con el Fondo de Promoción de Empleo optando por el sistema de jubilación anticipada previsto en la Ley 27/1984, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 26/1985, aunque el programa de reconversión de la empresa a la que pertenezca se acoja a un Plan de Reconversión Sectorial establecido con anterioridad a la Ley 26/1985, viene declarando el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, que no existe ningún hecho o derecho favorable a los mismos nacido con anterioridad a dicha fecha que tuviera que ser protegido en su posterior desarrollo por la Disposición Transitoria Primera.

b') Cuantía de la prestación

e) Jubilación anticipada

– Jubilación anticipada en virtud de la condición de mutualista con anterioridad a 1 de enero de 1967 y aplicación del Anexo IV del Reglamento comunitario 1408/1971 CEE

Al supuesto de jubilación anticipada previsto en la Disposición Transitoria Tercera, apartados 1 y 2, de la LGSS, en relación con el artículo 161.1.a) de la LGSS y con la Disposición Transitoria Primera.9 de la OM de 18 de enero de 1967, artículo único de la Ley 47/1998 y Disposición Transitoria Segunda del RD 1647/1999, se refiere la **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2004**, I.L. J 762. En definitiva, se refiere a la posibilidad de jubilación anticipada de aquellos que acrediten la condición de mutualistas con anterioridad a 1 de enero de 1967, requiriéndose para ello que se acrediten cotizaciones con anterioridad a esa fecha. La particularidad del supuesto analizado en esta Sentencia es la alegación por la demandante de infracción del Anexo IV del Reglamento 1408/1971 de la CEE, en relación con las normas anteriormente citadas. El citado Anexo contiene lo que denomina “modalidades particulares de aplicación de las legislaciones de ciertos Estados miembros”, que, en el caso del Reino Unido (país donde trabajó el esposo de la demandante durante el período de 1963 a 1970), precisa que para determinar el derecho a la pensión

en virtud de la legislación del Reino Unido se permite que la referencia hecha en el Reglamento a un período de seguro pueda remitir a un período de seguro cubierto por el cónyuge o ex cónyuge si la solicitud proviniera de una mujer casada, de un viudo... Alega la demandante que, en virtud del señalado Anexo IV del Reglamento, la esposa puede basarse en el historial de cotización del marido para conseguir una pensión básica de jubilación, por cuanto que en una época concreta la Seguridad Social británica establecía un status diferente para la mujer casada de manera que, a pesar de estar trabajando, realizaba unas aportaciones que no cubrían pensiones.

La Sentencia a que se refiere esta crónica mantiene, sin embargo, una interpretación contraria respecto de la aplicación del citado Anexo IV del Reglamento comunitario. Considera, en efecto, que la referencia contenida en el mismo lo es exclusivamente para determinar el derecho a la pensión en virtud de la legislación del Reino Unido, sin variar, en consecuencia, el régimen general establecido en el caso de las pensiones de jubilación por los artículos 44 y siguientes del mismo Reglamento. Según la señalada Sentencia, sin que quede excesivamente claro este pronunciamiento, en ese régimen común, los “períodos de seguro o residencia” que deben ser acreditados por los trabajadores y que pueden ser cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro “sólo remiten a cotizaciones realizadas por o a cuenta de tales precisos o concretos trabajadores”.

– Prejubilaciones

Partiendo de que la prejubilación del trabajador constituye un cese o baja en la empresa de carácter voluntario, siguen siendo numerosas las sentencias relativas al tema de la prejubilaciones, en orden a determinar su naturaleza y la cuantía y modo de cálculo de la cantidad que deban recibir los trabajadores en concepto de prejubilación.

De esta forma, reitera la **STS de 20 de julio de 2004**, u.d., I.L. J 937, que “quienes deciden aceptar voluntariamente la oferta de un plan de jubilación, consensuado por la empresa con los representantes de los trabajadores y aprobado por la Autoridad Laboral, después de conocer sus condiciones (...), no son objeto de un despido colectivo del artículo 51 ET, sino que extinguen de mutuo acuerdo con la empresa [artículo 49.1.a) ET] sus contratos de trabajo. Y, en consecuencia, carecen de derecho a reclamar la superior indemnización que les hubiera podido corresponder en aquel caso”. Igualmente, en la **STSJ de Madrid de 22 de enero de 2004**, I.L. J 878, se vuelve a manifestar que el ofrecimiento de la prejubilación anticipada que hizo la empresa de conformidad con lo previsto en el convenio colectivo no constituye un supuesto de extinción forzosa del contrato de trabajo impuesto por la empresa a los trabajadores, sino que merece la calificación de extinción voluntaria incentivada que en todo momento el trabajador pudo no aceptar. Así, es consolidada la doctrina jurisprudencial que califica como voluntarios los ceses de los trabajadores llevados a cabo con el propósito de acogerse a planes de prejubilación y de jubilación anticipada.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

En la última sentencia referida, **STSJ de Madrid de 22 de enero de 2004**, I.L. J 878, se plantea asimismo una cuestión de inconstitucionalidad por considerar que, tras la modificación operada por la **Ley 35/2002**, de 12 de julio, de Medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, concretamente en los artículos 161.3 y Disposición Transitoria Tercera LGSS, se produce una discriminación al establecer un trato desigual para los supuestos de jubilación anticipada previstos en dichas normas y aquellos casos en los que concurriendo el cumplimiento de una obligación adquirida mediante convenio colectivo se lleva a efecto el abono cuantitativo que señala el precepto; en tales supuestos se prevén unos coeficientes reductores atendiendo a los años de cotización acreditados. Por otro lado, también se plantea la desigualdad de trato y discriminación por razón de la edad con relación a aquellos trabajadores a los que sea de aplicación la Disposición Transitoria Tercera LGSS. Establece la Sentencia, al respecto, que, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional, se debe concluir el rechazo del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad y la inexistencia de discriminación por razón de la edad, habida cuenta de que los términos objeto de comparación no son homogéneos.

Las **SSTS de 24 de junio de 2004**, I.L. J 910, y de **21 de junio de 2004**, I.L. J 928, y **SSTSJ de Asturias de 2 de enero de 2004**, I.L. J 747, y de **30 de enero de 2004**, I.L. J 752, se refieren a una cuestión ya unificada por el Tribunal Supremo, pero que sigue planteando numerosas controversias, relativa a si los trabajadores que, tras la extinción de la relación laboral por un expediente de regulación de empleo, pasan a la situación de prejubilados, se incluyen en el concepto de “situación pasiva” a efectos de las indemnizaciones que para dicha situación se prevé en los convenios colectivos. En relación a ello viene declarando el Tribunal Supremo que el concepto de “situación pasiva”, dentro del contexto del Convenio, se reserva para aquellos trabajadores que cesaran en la empresa por invalidez permanente o por jubilación, por lo que no es de aplicación a los supuestos de estos trabajadores prejubilados. Incluso en el caso de que la prejubilación pudiera considerarse una situación “pasiva” no sería posible reconocer a estos trabajadores la indemnización prevista en el convenio puesto que aquella superior voluntariamente pactada y aceptada debe estimarse que es sustitutoria y no complementaria de la prevista en la normativa legal.

También es cuestión controvertida en muchos casos la determinación del salario pensionable determinante de la prestación a abonar por la empresa, en relación con determinados complementos salariales, en los supuestos en que el trabajador se acoge a la prejubilación; a esta cuestión se refieren numerosas Sentencias. Así, la **STS de 29 de junio de 2004**, u.d., I.L. J 915, declara la inclusión en el salario pensionable bruto para la asignación de prejubilación dos pagas de beneficios, establecidas como consecuencia de un previo proceso de absorción pero que se hicieron efectivas más tarde. Y al respecto el Tribunal Supremo viene estableciendo que el trabajador “nunca aceptó la prejubilación a cambio de una cantidad intocable expresada numéricamente, sino mediante el mantenimiento y abono de lo que conceptualmente constituía su haber bruto computable”. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 25 de mayo de 2004**, u.d., I.L. J 882, que determina el alcance del correspondiente pacto de prejubilación, en el que el ofrecimiento genérico aceptado por los trabajadores fue “continuar percibiendo el cien por cien de la retribución correspondiente al momento de prejubilarse el actor”.

Por otro lado, las SSTSJ de Murcia de 27 de enero de 2004, I.L. J 827, y de 24 de mayo de 2004, I.L. J 1072, excluye, por el contrario, el abono al colectivo de prejubilados, dentro de las retribuciones brutas garantizadas a efectos de calcular la base reguladora, de una “prima de polivalencia básica” pactada con posterioridad expresamente para los trabajadores en activo, como un incentivo para la mejora de la producción y estímulo para la participación de los trabajadores en las actividades de formación de la empresa. Considera la Sentencia que la citada prima no constituye una cantidad garantizada a los efectos establecidos en el convenio colectivo aplicable, que se refiere al “incremento que podría afectarles por la actualización a un valor superior de aquellos conceptos fijos que hayan sido computados al calcularles la cantidad garantizada al pasar a prejubilados, aplicándoles en su momento la revisión por IPC que resulte procedente sobre los conceptos mencionados, y que en los años sucesivos se fijaría el porcentaje de incremento al revisar las tablas, que sería el correspondiente al que se establezca para el personal en activo”. La citada prima, según el pronunciamiento judicial, no se trata de un concepto fijo que haya sido computado al calcularles la cantidad garantizada al pasar a prejubilados; la revisión prevista se enlaza a los “conceptos mencionados”; y, además, el porcentaje de incremento es el que se asimila al personal en activo, pero no incluye la percepción de conceptos salariales. Se declara, además, que no incurre ninguno de los factores prohibidos de discriminación, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento normativo igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, siempre que la desigualdad concernida no esté desprovista de una justificación objetiva y razonable.

D) Previsión social voluntaria

Dentro de la cuestión relativa a la previsión social voluntaria, como mecanismos complementarios de la prestación de jubilación se abordan dos cuestiones principales: la relativa a los planes y fondos de pensiones y la relativa a las mejoras voluntarias de Seguridad Social.

a) Mejoras voluntarias de Seguridad Social

La STS de 5 de mayo de 2004, I.L. J 888, se pronuncia sobre las condiciones de reconocimiento de una mejora voluntaria de la Seguridad Social, cual es un incremento de la pensión de jubilación abonado por decisión de la empresa. La demanda de conflicto colectivo interpuesta por la empresa frente a la representación unitaria y sindical de los trabajadores tiene por objeto que se declare que la decisión de abonar un incremento sobre el complemento de pensiones que abona la empresa, corresponde únicamente a la Dirección de la empresa, no pudiendo constituir el abono del mismo en los años anteriores derecho adquirido o condiciones más beneficiosas a favor de los trabajadores. La Sentencia declara probado que desde, al menos 1986, en que se establecieron nuevas condiciones para la jubilación en el Convenio Colectivo del sector bancario... y hasta el año 1999, en que dejó de hacerlo, la empresa ha venido efectuando aumentos anuales en

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

las pensiones del banco para atenuar los efectos de la inflación, de su poder adquisitivo y en función de las actividades económicas de la actividad mercantil. En consecuencia, se declara que el repetido incremento se unió al nexo laboral del trabajador-beneficiario, y el derecho así nacido coexistió, durante un período dilatado de tiempo, con la norma legal y convencional. No se considera, pues, justificable que el empleador busque apoyo en necesidades económicas de la empresa para justificar el apartamiento de un acto de incremento de la pensión mantenido continuadamente durante más de 16 años.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

c') Incapacidad permanente total

A efectos del reconocimiento de la IPT, la **STSJ de Canarias de 8 de marzo de 2004**, I.L. J 641, sostiene que ni la simple posibilidad de una intervención quirúrgica (donde primaría en todo caso la decisión del trabajador, pudiendo rechazarla cuando existan dudas sobre la eficacia del tratamiento, o cuando se presente como irrelevante y cuando ha tenido resultado negativo en casos anteriores), ni el hecho de hallarse pendiente el trabajador de evaluación por el cirujano y/o por el propio paciente, pueden constituir óbice para apreciar la situación de invalidez permanente, cuando el trabajador después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presente reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, pues no obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral de inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo. En el caso concreto, siendo agricultora la trabajadora, se estima que ello le obliga a una manipulación continua con ambas manos, cuya funcionalidad ha de ser completa, y también a una movilidad continua de la columna para realizar las tareas propias de la profesión, y dado que las mismas están limitadas a consecuencia del dolor que le ocasionan sus padecimientos, procede el reconocimiento de la IPT.

Dicho grado de incapacidad no se reconoce por la **STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2004**, I.L. J 801, en un supuesto de dermatitis de contacto a níquel y derivados, pues aunque esta patología está propiciada por la actividad laboral, aquélla puede evitarse utilizando la utilización de guantes durante su desarrollo, sin merma valorable de su rendimiento profesional.

e') Gran invalidez

En materia de gran invalidez la **STS de 7 de mayo de 2004**, I.L. J 521, reitera la doctrina jurisprudencial conforme a la cual este grado se contempla por el artículo 137.6 LGSS como un grado autónomo de la Incapacidad Permanente, que queda sometido en cuanto

a las exigencias para la revisión del mismo, al mismo régimen que el resto de grados de incapacidad. Ello implica la aplicación de la normativa del artículo 143 LGSS y sus disposiciones de desarrollo, lo que exige que para la revisión y reconocimiento de aquel grado superior es preciso que se haya producido una agravación del estado invalidante previamente reconocido [ex artículo 143.2 LGSS]; a salvo los supuestos en que la revisión se solicite por corrección fundada en “error de diagnóstico” de la calificación inicial.

b) Requisitos del beneficiario

La STS de 15 de junio de 2004, I.L. J 891, unifica criterio en el supuesto de trabajador afiliado al RETA que presente descubiertos en las cotizaciones, aunque reúna el período carencial suficiente para el reconocimiento de las prestaciones por IP, determinándose las consecuencias que la autorización de aplazamiento de las cuotas adeudadas pueda tener respecto del reconocimiento de prestaciones. Según la tesis sostenida por el TS, para que el aplazamiento en el pago de cotizaciones debidamente autorizado por la TGSS pueda surtir efectos (esto es, la exoneración de responsabilidad respecto a futuras prestaciones ex artículo 28 RD 2530/1970), se exige ineludiblemente que se produzca con anterioridad al hecho causante de la prestación, para que se entienda así cumplido el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas.

c) Prestaciones económicas

b’) Base reguladora de las prestaciones

Es reiterada la doctrina de unificación del TS en el sentido de que una vez fijada en primera sentencia firme, no sólo el grado de Invalidez Permanente, sino también la base reguladora de la prestación reclamada, ambos factores conjunta e indisolublemente unidos pasan a formar parte del reconocimiento del derecho, constituyendo elementos de la pretensión y del derecho reconocido, que no pueden escindirse sin desvirtuarlos. Así pues, en virtud de la excepción de la cosa juzgada no son admisibles posteriores pretensiones procesales con el objeto de modificar la base reguladora de la Invalidez ya reconocida, siendo intrascendente que su fijación hubiera derivado de la prueba practicada en el pleito, o como consecuencia de otra causa (STS de 10 de mayo de 2004, I.L. J 519). Quizá en estas situaciones las razones de seguridad jurídica debieran ceder ante la justicia sustancial, especialmente en los supuestos en que pueda existir un error de cálculo patente en la sentencia firme. De otro lado, téngase presente que una cosa es el reconocimiento del derecho en sí, y otra a posteriori y perfectamente escindible, el enjuiciamiento de los efectos o consecuencias jurídicas y económicas derivadas del mismo o sus bases. Ahora bien, a falta de mecanismos procesales oportunos para la corrección, y en virtud de la cosa juzgada, esta doctrina es irreprochable desde el punto de vista técnico-jurídico.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

Respecto a la cotización previa exigida en prestación de viudedad-SOVI –1.800 días en ese extinguido régimen– (la Disposición Transitoria Séptima de la LGSS, reconoce el derecho a las prestaciones del SOVI a quienes antes del 1 de enero de 1967, tuvieran cubierto el período de cotización exigido en dicho seguro), la **STS de 5 de julio de 2004**, I.L. J 946, considera que la afiliación al Montepío Marítimo Nacional, fue un régimen sustitutorio del establecido en el SOVI (que posteriormente fue integrado en el Instituto Social de la Marina), y que las cotizaciones efectuadas a estos sistemas de protección sustitutorios del SOVI, anteriores a 1967, debe producir un efecto equivalente a la cotización SOVI –en los mismos términos que ya había manifestado el alto Tribunal sobre la eficacia de las cotizaciones efectuadas al Montepío Nacional del Servicio Domestico (STS de 7 de mayo de 1997), a la Caja de Trabajadores Portuarios (STS de 9 de diciembre de 2002), y a la Institución Telefónica de Previsión (STS de 27 de junio de 2002), a los efectos de conseguir prestaciones del extinguido SOVI, en las sentencias–. Resolución que viene a reconocer el sistema existente con anterioridad a nuestro sistema de Seguridad Social –LSS de 1966–, en el que existieron múltiples instituciones que prestaron protección social. Instituciones que en unos casos fueron públicas y en otras de empresa, en unos casos sustitutorias del sistema y en otras complementarias del mismo.

C) Cuantía de las pensiones

Una cuestión ciertamente significativa es determinar si una convivencia *more uxorio* anterior al fallecimiento del causante de la pensión impide adquirir el derecho a la pensión del ex cónyuge divorciado sobreviviente reconocido en el artículo 174.2 de la LGSS. Esta cuestión se proyecta sobre el eventual reparto de dicha pensión de muerte y supervivencia entre el viudo o la viuda del causante y el ex cónyuge del mismo en virtud del anterior matrimonio disuelto. La regulación de la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio, se encuentra en el párrafo primero del artículo 174.2 de la LGSS, que determina que “en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”. Como precisa la **STS de 26 de mayo de 2004**, I.L. J 1175, no cabe hablar en rigor de “pensión de viudedad” respecto de la percibida por el ex cónyuge divorciado, puesto que dicho beneficiario, desde el momento en que dejó de ser cónyuge, ya no puede ser viudo o viuda; en este caso habría que hablar más bien de “pensión asimilada a la de viudedad”. De esta manera la pensión de viudedad (o asimilada), se concibe como una especie de renta diferida cuyo título de adquisición es la contribución de los cónyuges, bien por toda la vida en común, bien mientras dura el matrimonio.

Ahora bien, estos derechos “quedarán sin efecto en los supuestos del artículo 101 del Código Civil, sin perjuicio de lo que reglamentariamente se establezca en el supuesto de que contraiga nuevo matrimonio”, tal y como establece el artículo 174.3 de la LGSS”. Este mandato supone la remisión a los motivos de pérdida de las pensiones civiles de divorcio o separación legal. Sobre estos supuestos, la norma 5ª de la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981 –reguladora de las formas del matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio–, ha sido declarada inconstitucional por la STC 125/2003, de 19 de junio, en referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de “vivir maritalmente con otra persona”. Esta declaración de inconstitucionalidad ha de ser considerada en la interpretación del actual artículo 174 de la LGSS. Como acertadamente concluye la **STS de mayo de 2004**, I.L. J 1175, si la convivencia *more uxorio* mencionada por remisión en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, debe entenderse suprimida por discriminatoria como causa de extinción de la pensión ya causada, con mayor razón habrá de entenderse no presente en el artículo 174.2 de la LGSS que ni siquiera la menciona como causa de pérdida del derecho expectante a la adquisición de la pensión. La conclusión a la que debe llegarse, es que la convivencia *more uxorio*, del ex cónyuge divorciado que ha desaparecido en la fecha anterior al fallecimiento del causante no es causa de extinción de la pensión devengada por aquél.

Es de destacar la reflexión final a la que llega la citada sentencia, respecto de la convivencia *more uxorio* que se prolonga o que se produce después de la fecha del fallecimiento del causante, regulada en la actualidad en el artículo 174.3 de la LGSS. Sobre esta cuestión –concluye–, se “deberá plantear en su caso y en su día cuestión de inconstitucionalidad si tiene dudas –la Sala de lo Social del Tribunal Supremo– sobre su compatibilidad con la Carta Magna que no puedan despejarse mediante la aplicación de los criterios de interpretación jurídica”.

D) Dinámica de la protección

Respecto a la retroactividad que se debe aplicar a la prestación de orfandad en un supuesto en el que además de carencia de matrimonio es necesario el reconocimiento de filiación no matrimonial paterna, pues el padre falleció antes del nacimiento del hijo la **STSJ de Cantabria de 11 de marzo de 2004**, I.L. J 105, determina que no es de aplicación el criterio contenido en el artículo 178 de la LGSS, según el cual, los efectos de tal reconocimiento se producen a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Sobre ese punto determina que tal regulación general no es aplicable al supuesto concreto de filiación reconocida tras un procedimiento judicial, y su aplicación “resulta inadecuada e incluso irrazonable, al no estar realmente previsto por el legislador” (pues en la fecha del hecho causante no existe el huérfano, y, además, cuando éste posteriormente nace no está acreditada la filiación, lo que obliga a acudir a un pronunciamiento judicial que determina la filiación. Considera que es necesario aplicar “análogamente” (recuérdese que el artículo 3.2 del Código Civil establece que la “equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas”) el artículo 121 del Código

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Civil, que establece que “la filiación produce efectos desde que tiene lugar. Su determinación legal tiene efectos retroactivos siempre que la retroacción sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley no dispusiera lo contrario”. Esto supone que, descartados los efectos desde la fecha de nacimiento, la retroacción debe alcanzar a la fecha de la presentación de la demanda porque ésta fue indispensable para obtener el reconocimiento judicial de paternidad y la posterior solicitud y reconocimiento de la pensión de orfandad por la entidad gestora, “lo contrario significaría la aplicación del artículo referido extendiendo las consecuencias prestacionales negativas más allá de la responsabilidad nacida por la iniciativa de la interesada en obtener el título habilitante”.

Sobre la cuestión ya debatida en estas páginas, del alcance retroactivo de la solicitud de pensión de orfandad extinguida por el cumplimiento de la edad de 18 años, cuando posteriormente puede ser recuperada en virtud de la modificación operada en la normativa reguladora de tales prestaciones por la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, la STS de 28 de junio de 2004, I.L. J 1183, reitera, en unificación de doctrina, que lejos de hallarnos ante una pensión ya reconocida que hubiera sido declarada en suspenso, nos encontramos ante la extinción de una primera prestación que se le concedió a la actora con el límite de la edad del beneficiario situado en los dieciocho años, y el nacimiento de una prestación nueva, que se origina por la Ley 24/1997, de 5 de agosto, y que cuenta con unos límites y condiciones distintos, sin que la norma configuradora incluya previsión alguna que altere las reglas para acceder a la prestación, en este caso las alojadas en el artículo 43 de la LGSS. En definitiva, el derecho a la nueva pensión nació, en virtud de la reforma operada, el 5 de agosto de 1997, y sus efectos económicos quedan limitados, por mandato del artículo 178 de la LGSS, a los tres meses anteriores a la fecha en que solicitó su reconocimiento.

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. Consideración preliminar. 2. Organización. Inspección de Trabajo. 3. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. A) Organización. B) Actas de liquidación.
4. Derecho Administrativo Sancionador. Procedimiento sancionador.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se dan a conocer los principales pronunciamientos judiciales emitidos últimamente en materia de Administración Laboral: todos ellos se encuentran publicados en los números 5 a 8 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, si bien el comentario se completa con el repaso a otras sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo hasta ahora no recopiladas por la referida publicación.

Probablemente, entre los pronunciamientos recogidos, el que mayor interés despierte sea la **STS de 8 de julio de 2004**, recurso de casación en interés de ley núm. 31/2003, Sala Tercera (*infra*, 4), en la que se delimitan los presupuestos para que nazca el deber de la Administración de iniciar el proceso laboral de oficio y, a su vez, se concretan las consecuencias que el incumplimiento de dicha obligación ejerce sobre la validez de la resolución administrativa sancionadora.

2. ORGANIZACIÓN. INSPECCIÓN DE TRABAJO

En este terreno, merece la pena comentar el litigio debatido en la **STS de 5 de octubre de 2004**, Sala Tercera, u.d. (recurso núm. 169/2003), pues, aun cuando finalmente no se resuelve el asunto de fondo, cuando menos pone sobre el tapete una cuestión de considerable interés, respecto a la que existe doctrina judicial contradictoria: se trata de la competencia territorial de los órganos inspectores. Concretamente, el supuesto que da lugar a este pronunciamiento se refiere a la extensión de actas de liquidación por un Inspector de Trabajo de Madrid, en las que se ponían de manifiesto descubiertos de coti-

zación relativos a un centro de trabajo radicado en Ourense, perteneciente a una entidad bancaria con sede en Madrid. Al respecto, fundándose en que cada Inspección Provincial tiene su competencia orgánica y funcional limitada a su provincia y considerando que, en el caso enjuiciado, era competente la Inspección Provincial de Ourense, la STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2002 —objeto de impugnación ante el Tribunal Supremo— declaró la nulidad de las actas de liquidación y correspondientes resoluciones administrativas recurridas, por considerar que dichas actas habían sido dictadas por un órgano inspector manifiestamente incompetente por razón del territorio [art. 62.1.b) en relación con el art. 12.1 de la Ley 30/1992]. Presentado recurso de casación para la unificación de doctrina, la Tesorería aportó como contradictoria la STSJ del País Vasco de 20 de noviembre de 2001, en la que, en un supuesto similar, se consideró que las actas así extendidas no eran nulas. Razones procesales, sin embargo, llevan a la STS de 5 de octubre de 2004, u.d., a no entrar en la resolución de la controversia, dejando sin cerrar una cuestión de indudable trascendencia.

3. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

Nuevamente, los pronunciamientos judiciales en esta materia se concentran en aspectos de competencia y procedimiento relativos a las auditorías practicadas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Reproduciendo la doctrina sentada en sentencias anteriores, el Tribunal Supremo ha vuelto a confirmar la potestad de la Administración para llevar a cabo dichas auditorías —art. 5.2.c] LGSS— y la extensión de la tutela administrativa del Ministerio de Trabajo sobre el patrimonio histórico propiedad de las Mutuas —arts. 68.4 y 71 LGSS— (**SSTS de 29 de septiembre de 2004** (recurso de casación 5514/2002 y **de 6 de octubre de 2004**, Sala Tercera, recurso de casación 3992/2002). De la misma manera, la propia **STS de 29 de septiembre de 2004**, Sala Tercera (recurso de casación 5514/2002), se ha encargado de recordar otras dos ideas ya conocidas: la debida aplicación del procedimiento especial regulado en los RR.DD. 3307/1977 y 1373/1979, en tanto el procedimiento administrativo previsto en la Ley 30/1992 tiene carácter supletorio frente a las reglas específicamente reguladas para los actos de Seguridad Social; y asimismo, también se reafirma el carácter no sancionador de las resoluciones que obligan a rectificar determinados asientos contables, de modo que, por tal razón, no cabe estimar ni la supuesta vulneración del art. 25.1 CE, ni la infracción del procedimiento sancionador.

B) Actas de liquidación

En relación a estas actas, varios son los aspectos abordados por los pronunciamientos judiciales del período.

XI. Administración Laboral

De un lado, en cuanto a los requisitos de formalización, la **STS de 14 de septiembre de 2004**, Sala Tercera, u.d. (recurso 88/2002), considera que el acta de liquidación impugnada cumple con la exigencia de identificar los medios de comprobación o convicción manejados por el inspector actuante, en tanto, si bien de forma sucinta, en el acta se refleja que las diferencias de cotización resultan de las hojas de salarios de los trabajadores. Aun cuando el informe posterior redactado por la Inspectora actuante clarifica y explica con mayor detalle el contenido y causa de los conceptos liquidados, la Sentencia señala que no cabe considerar dicho informe como integrador de omisiones padecidas en el acta, sino como complementario de la misma:

“y a este respecto, nos remitimos a reiterado parecer de esta Sala, conforme al cual, el acta de liquidación que se ve complementada por posterior informe del funcionario actuante, no enerva la presunción de certeza de que es merecedor legalmente dicho documento”.

De otro lado, la misma **STS de 14 de septiembre de 2004**, Sala Tercera, u.d. (recurso 88/2002), alega el carácter no sancionador del procedimiento de liquidación de cuotas para justificar algunas de sus decisiones. En tal sentido, la Sentencia no admite la aplicación retroactiva de una determinada norma considerada por el recurrente como más favorable, por cuanto, no estando ante el ejercicio de la potestad punitiva de la Administración, no es exigible la previsión contenida en los arts. 9.3 CE y 128.2 Ley 30/1992. Por la misma razón de no tratarse de una actividad sancionadora, el Tribunal considera que, para justificar el carácter salarial de las dietas objeto de liquidación, bastaba a la Inspección partir de determinados indicios y presunciones —entre ellas, la presunción *iuris tantum* de que todo lo que percibe el trabajador tiene carácter salarial—, quedando al empresario la opción de acreditar el presupuesto fáctico que justifica la naturaleza extrasalarial de la percepción —posibilidad que, en el caso, podría haberse demostrado mediante documentos que obraban en su poder y que, sin embargo, no aportó—. Sin duda, el principio mantenido en esta Sentencia contrasta con el contenido de la **STS de 20 de julio de 2004**, Sala Tercera, u.d. —ya comentada en la crónica núm. 20 y ahora publicada como I.L. J 969—, en la que, como ya se indicara, el Tribunal entra a valorar el respeto a la presunción de inocencia, pese a tratarse de un expediente de liquidación de cuotas —y no de un procedimiento sancionador—, concluyendo en el caso que tal derecho fundamental no quedaba vulnerado por cuanto había mediado una mínima actividad probatoria por parte de la Inspección de Trabajo.

Finalmente, los pronunciamientos relativos a actas de liquidación hacen también referencia a una cuestión que, a nuestros efectos, reviste menor interés, no por carecer ni mucho menos de importancia, sino simplemente por contener una doctrina harto reiterada en crónicas anteriores: se trata de los motivos que conducen a la inadmisión, y en su caso, desestimación del recurso de casación ordinario y para la unificación de doctrina. Por una parte, es de sobra conocido el régimen transitorio de recursos aplicable a sentencias sobre impugnación de actas de liquidación, dictadas por Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero mediante las que se resuelven procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia, conforme a la citada ley, correspondería ahora a los Juzgados de lo

Contencioso-Administrativo (arts. 8.3 y 10.2): en tales casos, las Sentencias del período vuelven a declarar que el régimen de recursos para estas sentencias es el fijado en la nueva Ley para las sentencias de segunda instancia, frente a las que, conforme a su normativa, no cabe recurso de casación, ni ordinario ni para la unificación de doctrina [SSTS de 1 de junio de 2004, u.d., I.L. J 957, 962 y 963; de 13 de julio de 2004, I.L. J 970; de 14 de julio de 2004 (recurso 2656/2001); de 19 y 20 de julio de 2004, I.L. J 1107 y 968; de 21 de septiembre de 2004 (recurso 7200/2000); de 14 y 28 de septiembre de 2004 (recursos 88/2002 y 60/2002); de 5 de octubre de 2004 (recurso 169/2003), todas ellas de la Sala Tercera]. Por otra parte, más antiguo es aún el criterio según el cual, para fijar el valor de la pretensión de cara a acceder al recurso, deben tenerse en cuenta las siguientes premisas: que sólo debe atenderse al débito principal (cuota), pero no a los recargos, costas o cualquier otra clase de responsabilidad [art. 42.1.a) Ley 29/1998]; que la cifra a considerar es la individual de cada acta de liquidación y no la que resulte de la suma de todas las actas impugnadas (art. 41.3 Ley 29/1998); y que, en cualquier caso, la cantidad a contemplar es la correspondiente a las cuotas mensuales [además de las sentencias anteriores, SSTS de 29 de junio de 2004, u.d., I.L. J 960; de 16 de julio de 2004 (recurso 1331/2001); de 19 y 20 de julio de 2004, I.L. J 1106, 967 y 969; de 13 de septiembre de 2004 (recurso 58/2002); de 19 de octubre de 2004 (recurso 264/2002)]. Es más; aplicando un criterio menos conocido en relación a un supuesto de diferencias de cotización por aplicación de un epígrafe equivocado, la STS de 14 de septiembre de 2004, Sala Tercera, u.d. (recurso 373/2003), efectúa la siguiente afirmación:

“cuando no se discute el importe íntegro de la cuota, sino únicamente diferencias derivadas de la aplicación de epígrafes distintos en función de la diferente calificación de los supuestos que dan lugar a su devengo, la cuantía del recurso debe determinarse en función de dichas diferencias y no por la cuantía íntegra, con arreglo a lo que la jurisprudencia de esta Sala viene aplicando con carácter general cuando se trata de reclamaciones frente a la Administración por exceso en la liquidación de las cantidades devengadas en favor de la misma”.

En consecuencia, en aplicación de tales reglas, y aun cuando el principal reflejado en algunas de las actas por todo el período liquidado supera el mínimo legal –más de tres millones de pesetas en el recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 96.3 Ley 29/1998)–, lo cierto es que, en todas las Sentencias referenciadas, el Tribunal Supremo concluye que ninguna de las cuotas mensuales liquidadas en las respectivas actas de liquidación alcanza el tope exigido, por lo que procede la desestimación del recurso.

4. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Por lo que se refiere estrictamente al procedimiento administrativo sancionador en el orden social, debe hacerse mención a las SSTS de 18 de junio de 2004 y de 21 de julio de

XI. Administración Laboral

2004, Sala Tercera, u.d., publicadas en este período bajo el número de referencia I.L. J 964 y 1104, pero que ya fueron objeto de comentario en la crónica incluida en el número 20 de *Justicia Laboral*: con apoyo en la argumentación entonces expuesta, el Tribunal Supremo confirma la doctrina, según la cual, el plazo de caducidad de seis meses fijado por el art. 20.3 RD 928/1998 empieza a computarse en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección –y no en la fecha de la visita de la Inspección– y su finalización debe situarse en la fecha de notificación de la resolución sancionadora –y no en el momento en que ésta es dictada–.

Ya en relación a la revisión de las resoluciones sancionadoras ante la jurisdicción contencioso-administrativa, debe también recordarse cómo, a fin de determinar el valor económico de la pretensión a efectos de acceder al recurso de casación para la unificación de doctrina, la misma **STS de 21 de julio de 2004**, Sala Tercera, u.d., I.L. J 1104, indica que, cuando se trate de una única acta en que se plasmen diversas infracciones, el criterio a seguir es el establecido en el art. 41.3 Ley 29/1998, de forma que no debe atenderse a la suma de todas las sanciones, sino que únicamente debe tenerse en cuenta la cuantía individualizada de cada una de ellas; razón por la cual, en el caso enjuiciado, la Sentencia no admite el recurso respecto a aquellas sanciones cuyo monto, por sí solo, no alcanza el mínimo legal.

En otro orden de cosas, por lo que se refiere al ámbito de relaciones que se establecen entre el procedimiento administrativo sancionador y la jurisdicción social, cabe destacar la **STS de 8 de julio de 2004**, Sala Tercera (recurso de casación en interés de ley 31/2003), por la que se delimita el ámbito de aplicación del proceso laboral de oficio previsto en el art. 149.1 LPL. Dicha Sentencia asevera que, para que nazca la obligación de la autoridad laboral de iniciar el proceso de oficio, basta con que el acta de infracción sea impugnada con base en “alegaciones” dirigidas a desvirtuar la naturaleza laboral de la relación inspeccionada, no siendo indispensable que además se aporten “pruebas” sobre la inexistencia de dicho carácter laboral. Por tal razón, en el caso enjuiciado, el Tribunal considera correcto el criterio de la sentencia recurrida, que había declarado nula la resolución sancionadora dictada por contratar a un trabajador extranjero sin permiso de trabajo, por cuanto, pese a haber sido impugnada bajo la alegación de que no existía relación laboral entre el imputado y el citado trabajador, la Administración no había cumplido su deber de abrir el proceso de oficio:

“Según los principios que inspiran nuestro ordenamiento la Administración no debe decidir sobre la existencia de relación laboral, y éstos son el espíritu y la finalidad del artículo 149.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. Por ello si se incumple este precepto, es conforme a derecho declarar la nulidad del acto sancionador como se hizo por la Sentencia contra la que se recurre en casación en interés de ley.

No procede, por tanto, declarar la doctrina legal que interesa el Abogado del Estado, pues ello conduciría a la exigencia de prueba sobre una cuestión que, independientemente de los aspectos fácticos, debe resolverse por el Tribunal del orden jurisdiccional competente y no por la Administración laboral. Así debemos pronunciarnos, aun siendo conscientes de la posible existencia de casos límite en los que la alegación de

que no hay relación laboral carezca tan absoluta y manifiestamente de fundamento que la Administración laboral, entienda que no existe una verdadera controversia sobre el tema.”

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) Expediente de regulación de empleo. B) Retenciones de IRPF. C) Personal estatutario y funcionarios del INSALUD. D) Profesores de religión y moral católicas. E) Arquitecto municipal. F) Seguridad Social. G) Funcionarios públicos. Libertad sindical. H) Abogado de entidad bancaria. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Contratos civiles o mercantiles. B) Prestaciones asistenciales de las Comunidades Autónomas. **4. Conciliación extrajudicial. Despido. 5. Demanda. Acción declarativa. 6. Acumulación. Acciones. 7. Excepciones.** A) Falta de acción. B) Cosa juzgada. C) Litisconsorcio pasivo necesario. D) Prescripción. E) Inadecuación de procedimiento. F) Falta de legitimación pasiva. G) Caducidad. **8. Práctica de la prueba.** A) Presunción iuris et de iure. Enfermedad profesional. B) Falta de práctica de prueba testifical. C) Nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas: registro informático. D) Valoración de la prueba. **9. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Hechos probados. Insuficiencia. **10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Limitación temporal. Requisitos. B) Prestaciones por desempleo. Incompatibilidad. **11. 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. **12. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción. Requisitos materiales. B) Escrito de preparación. C) Escrito de interposición. D) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social. **13. Recurso de casación. Defectos de formalización. 14. Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica jurisprudencial analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones relativas al proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 5 a 8 (ambos inclusive) del año 2004 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Expediente de regulación de empleo

La STS de 24 de junio de 2004, Sala Tercera, I.L. J 961, recuerda que es el Orden Social y no el Contencioso-Administrativo el competente para apreciar la existencia de fraude, dolo o coacción en la conclusión de un acuerdo en el marco de un expediente de regulación de empleo, ya que así lo dispone el art. 51.5 ET.

B) Retenciones de IRPF

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de enero de 2004, I.L. J 728, interpreta la doctrina relativa a la incompetencia del Orden Social de la jurisdicción para conocer de las disputas relativas a la procedencia o improcedencia de las retenciones a cuenta del IRPF practicadas por el empleador, afirmando que, sin perjuicio de lo anterior, dicho Orden sí que ostenta competencia para enjuiciar si el empleador está facultado para proceder unilateralmente a regularizar las retenciones del IRPF insuficientemente practicadas a sus empleados –reteniendo las oportunas cantidades, además de las correspondientes al mes en cuestión–. La Sala considera que el empleador no dispone de la facultad mencionada y que la regularización de las retenciones de IRPF ha de hacerse con el consentimiento de los empleados o con el respaldo de una resolución de los Tribunales.

C) Personal estatutario y funcionarios del INSALUD

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de febrero de 2004, I.L. J 711, considera que la competencia para resolver las disputas concernientes al personal estatutario de los servicios de salud está atribuida al Orden Social de la jurisdicción, pues la explícita calificación que de las relaciones del personal estatutario hace la Ley 55/2003 no puede modificar la verdadera naturaleza jurídica de tales relaciones. Por su parte, la STS de 8 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 948, dictada en relación con una reclamación de daños y perjuicios entablada por personal estatutario al servicio del INSALUD afirma que “(...) si el incumplimiento del que deriva la indemnización afecta a la relación de servicios y es competencia del orden social, como es el caso de incumplimientos vinculados a materias distintas de la provisión de vacantes, también debe corresponder a este orden jurisdiccional el conocimiento de la reclamación de la indemnización de los daños; en otro caso, la jurisdicción correspondería al orden contencioso-administrativo que es el que con carácter general conoce de los litigios sobre provisión de vacantes (...)”. Con arreglo a la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de junio de 2004, I.L. J 1157, el Orden jurisdiccional Social es competente para conocer de las cuestiones litigiosas en materia de retribuciones entre el INSALUD y los funcionarios de asistencia pública domiciliaria.

XII. El Proceso Laboral

D) Profesores de religión y moral católicas

La STSJ de Madrid de 14 de enero de 2004, I.L. J 821, señala que el Orden Social extiende su competencia a un conflicto colectivo iniciado en relación con las horas lectivas a impartir por los profesores de religión y moral católicas y la influencia que tal circunstancia ha de tener en la jornada del personal docente, ya que la relación de los citados profesores es de carácter laboral, como tiene establecido reiteradamente el TS.

E) Arquitecto municipal

Corresponde al Orden Social la competencia en relación con una reclamación por despido ejercitada por un arquitecto contra la corporación municipal a la que prestaba sus servicios, por ser de naturaleza laboral la relación que vinculaba a las partes, conforme declara la STSJ de Extremadura de 10 de febrero de 2004, I.L. J 837. El fallo se fundamenta en que el arquitecto demandante estaba inserto en el ámbito de organización y dirección de la corporación demandada, al figurar como Arquitecto Técnico Municipal, estar sometido a un horario, disfrutar de vacaciones, recibir órdenes del Ayuntamiento en la ejecución de su trabajo y tener a su cargo otros dos empleados municipales.

F) Seguridad Social

Las SSTs de 8 y 12 de julio de 2004, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 942 y 941, respectivamente, consideran competente al Orden Social para determinar si una afiliada a la Seguridad Social debe estar de alta durante todo el tiempo de vigencia de su relación laboral o si dicha situación de alta debe mantenerse, únicamente, en los concretos días u horas en los que efectivamente se prestan los servicios. En ambos casos se trataba de ATS-DUES “de refuerzo”, que solamente trabajaban en fines de semana y festivos. Las dos sentencias niegan, no obstante, la competencia del orden jurisdiccional citado para examinar y establecer las concretas cuotas devengadas por la falta de alta en los períodos en los que no se prestan esos servicios.

G) Funcionarios públicos. Libertad sindical

La STSJ de Murcia de 31 de mayo de 2004, I.L. J 1073, resuelve una demanda de tutela de libertad sindical instada por un funcionario contra el sindicato en el que milita y algunas personas físicas que ocupan cargos en dicho sindicato. La demanda trae causa de ciertas resoluciones del órgano de dirección del sindicato en las que se acuerda la “desliberación” del demandante, la obligación de abstenerse de toda actividad sindical en nombre del sindicato y su alejamiento de la sede sindical, así como la apertura de un expediente disciplinario. La sentencia recuerda la doctrina sentada por la STS de 12 de junio de 1998 y afirma que la legislación laboral incluye expresamente dentro de la rama social del derecho el régimen jurídico de los sindicatos, tanto legal como estatutario, en lo relativo a su funcionamiento interno y a las relaciones con sus afiliados, sin distinguir entre sindicatos de trabajadores y funcionarios.

H) Abogado de entidad bancaria

La STSJ de Cataluña de 19 de abril de 2004, I.L. J 1033, declara el carácter laboral, y, en consecuencia, la competencia del Orden Social para decidir de los litigios que puedan suscitarse en el marco de la misma, de la relación existente entre una abogada y la entidad bancaria para la que presta sus servicios. El fallo se sustenta en que la abogada seguía las instrucciones de quienes actuaban como sus superiores y actuaba con subordinación estricta a horarios, régimen de permisos, descansos y vacaciones.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA**A) Contratos civiles o mercantiles**

No existe relación laboral entre una empresa y un abogado que le presta sus servicios sin integrarse dentro del ámbito rector y organizativo de aquélla ni, en consecuencia, competencia de los Tribunales del Orden Social para resolver los conflictos derivados de dicha relación, conforme se afirma en la STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2004, I.L. J 783, que tiene particularmente en cuenta el hecho de que el abogado facturase a través de una sociedad de la que era administrador único y que tuviera despacho profesional abierto al público.

B) Prestaciones asistenciales de las Comunidades Autónomas

Los Jueces y Tribunales de lo Social no tienen competencia para conocer de una reclamación contra la decisión de un órgano de una Comunidad Autónoma de reducir el importe de una ayuda periódica de atención personal reconocida por la concurrencia de una prestación familiar de hijo a cargo. La STS de 26 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 881, razona que la ayuda en la que se centra la litis se configura como una prestación asistencial de la Comunidad Autónoma y no como una prestación de la Seguridad Social, ya que el acceso a la misma no está limitado por criterios profesionales, sino que se vincula a determinadas situaciones de necesidad y a la carencia de rentas.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. DESPIDO

La STSJ de Navarra de 31 de enero de 2004, I.L. J 802, señala que la empresa no puede retractarse unilateralmente del despido efectuado una vez que se ha presentado la demanda de conciliación administrativa, pues en ese momento se está ejercitando ya el derecho a la tutela judicial y, una vez ejercitado, el trabajador tiene derecho a la calificación judicial del despido.

XII. El Proceso Laboral

5. DEMANDA. ACCIÓN DECLARATIVA

La STSJ de Extremadura de 11 de marzo de 2004, I.L. J 865, de conformidad con la jurisprudencia del TS y del TC, estima el ejercicio de una acción declarativa en supuestos de contratación temporal fraudulenta en que se pretende la declaración de relación laboral indefinida.

6. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La STSJ de Extremadura de 11 de febrero de 2004, I.L. J 838, estima la acumulación de la acción de despido y de rescisión contractual del art. 50 del ET, estableciendo por ello que no cabe la readmisión sino sólo la indemnización legal (calculada hasta la fecha de la sentencia), si bien no hay condena de salarios de tramitación al no existir opción de readmisión.

7. EXCEPCIONES

A) Falta de acción

En la STSJ de Cantabria de 30 de junio de 2004, I.L. J 1001, se desestima la excepción de falta de acción articulada por el INSS y la TGSS contra una acción declarativa interpuesta por un médico estatutario eventual que solicita su afiliación al sistema asistencial público, admitiéndose dicha acción porque tiene un contenido bien concreto y de interés perentoriamente actual y específico.

B) Cosa juzgada

La STSJ de Cataluña de 20 de enero de 2004, I.L. J 763, en relación con una demanda interpuesta directamente contra el FOGASA una vez declarada la insolvencia de la empresa, confirma la existencia de cosa juzgada apreciada por el Juzgador de instancia, puesto que la excepción de prescripción ya había sido opuesta y estimada en el proceso anterior contra la empresa y el FOGASA, en su entonces calidad de responsable subsidiario. Respecto a los efectos derivados de cosa juzgada, la STS de 8 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 938, establece la existencia de consecuencias negativas (imposibilidad de replantear la cuestión anteriormente resuelta) y positivas (necesidad de que la Sala resuelva de igual manera que en el recurso anterior).

C) Litisconsorcio pasivo necesario

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 13 de enero de 2004, I.L. J 736, declara la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario al entender que en ese concreto procedimiento por despido no es necesario completar la relación procesal llamando una sociedad adjudicataria del servicio de limpieza de un Ayuntamiento, puesto que ni en la demanda ni en el acto de juicio la actora pretendió la continuidad de la relación laboral con dicha sociedad adjudicataria. A su vez, la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de junio

de 2004, I.L. J 977, en un conflicto colectivo en que se demandaba la aplicación del complemento de peligrosidad reconocido en un convenio colectivo, rechaza la excepción de litisconsorcio pasivo necesario al no ser exigible en el proceso de conflicto colectivo que participen como litisconsortes necesarios las representaciones que negociaron y firmaron el convenio, a diferencia de lo legalmente dispuesto para el proceso de impugnación de convenios colectivos.

D) Prescripción

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de febrero de 2004, I.L. J 739, acoge la excepción de prescripción reiterando la doctrina del TS (SSTS de 14 de julio y 4 de octubre de 1996) ya que “(...) ha de reputarse que la obligación de la empresa de encuadramiento o clasificación profesional del trabajador no es una obligación de tracto sucesivo sino de tracto único (...)” y, por tanto, según el art. 59.2 ET, el plazo de un año para solicitar el correcto encuadramiento se computa desde que la acción pudo ejercitarse. En materia de conflicto colectivo, la STSJ de Asturias de 19 de marzo de 2004, I.L. J 789, establece que la acción no tiene plazo inicial del cómputo de la prescripción mientras permanezca vigente el convenio colectivo. La STSJ de Murcia de 9 de febrero de 2004, I.L. J 850, fija en la fecha de fallecimiento el *dies a quo* para accionar por daños y perjuicios derivados de la muerte del trabajador motivada por culpa empresarial. En relación con una sucesión de empresa, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 22 de abril de 2004, I.L. J 1137, establece que la acción reclamando la nulidad de dicha transmisión prescribe al año desde que se produce. La STS de 31 de mayo de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1177, afirma que “(...) la prescripción sólo puede ser tenida en cuenta en favor de la parte que la haya alegado (...)” no aplicándose a la otra codemandada que no la alegó.

E) Inadecuación de procedimiento

La STSJ de Cantabria de 31 de marzo de 2004, I.L. J 701, establece que en supuestos de impugnación de cesión ilegal de trabajadores, y no existiendo extinción previa del contrato, el cauce procesal adecuado es el procedimiento ordinario y no el de despido. La STS de 15 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 894, estima la excepción de inadecuación de procedimiento puesto que no concurren los elementos propios del proceso de conflicto colectivo, a saber: elemento subjetivo, afectación a un grupo genérico de trabajadores, en tanto “(...) conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad (...)”, y elemento objetivo, esto es, existencia de un interés general. Por su parte, la STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de abril de 2004, I.L. J 983, reconoce que cabe accionar individualmente mediante el proceso ordinario aunque se trate de cuestiones que pueden afectar a intereses generales de un colectivo. La STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2004, I.L. J 1017, declara inadecuado el procedimiento especial de vacaciones, ya que la controversia no radica en la fecha de su disfrute sino en su extensión o duración. La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de abril de 2004, I.L. J 1117, establece que aun cuando el empresario utilice el término “cese” en lugar de despido el procedimiento adecuado es el de despido.

XII. El Proceso Laboral

F) Falta de legitimación pasiva

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de febrero de 2004, I.L. J 1046, en el marco de una acción sobre extinción del contrato de trabajo del art. 50 ET, aprecia falta de legitimación pasiva respecto de los socios de la empresa empleadora porque no se ha acreditado que concurren los indicios necesarios para proceder al levantamiento del velo. Igualmente, la STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2004, I.L. J 1053, acoge la excepción de falta de legitimación pasiva de una empresa franquiciadora en un proceso por despido interpuesto por trabajadores de la franquiciada, al no existir en ese caso en particular grupo de empresas a efectos laborales.

G) Caducidad

Tras una exhaustiva exposición de los diferentes plazos aplicables en sede de modificación de las condiciones de trabajo, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de junio de 2004, I.L. J 1140, establece que, cuando no se cumplen los requisitos formales previstos para la modificación colectiva de las condiciones de trabajo, la correspondiente acción no está sujeta al plazo de caducidad de 20 días dispuesto en el art. 59.4 ET.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Presunción *iuris et de iure*. Enfermedad profesional

La STS de 24 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 911, analiza los supuestos de aplicación de la presunción *iuris et de iure* para la declaración de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. La Sala recuerda que cuando nos encontramos ante un supuesto de enfermedad profesional recogido en el listado de dichas enfermedades para las actividades profesionales que se indican en el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, es de aplicación la citada presunción de que la enfermedad es profesional, no siendo necesario practicar prueba alguna sobre el nexo causal entre la enfermedad y el trabajo. Sin embargo, no actúa esta presunción y sí será necesaria la correspondiente prueba en aquellos casos de enfermedades contraídas como consecuencia del trabajo y que no consten recogidas en el Anexo de la citada norma, como sucede en el caso enjuiciado.

B) Falta de práctica de prueba testifical

Se pretende por la recurrente la nulidad de las actuaciones ya que, habiéndose admitido por el Juzgado a quo la práctica de prueba testifical de dos testigos, ésta no se llevó a cabo por su incomparecencia, lo que entiende le causó indefensión. La STSJ de Madrid de 27 de enero de 2004, I.L. J 873, desestima dicho motivo de suplicación, ya que en el momento procesal oportuno (acto de juicio) la recurrente no realizó alegación alguna respecto de la trascendencia de dicha prueba para la defensa de sus intereses, por lo que en trámite de suplicación no puede efectuarse *ex novo* esta alegación de indefensión.

C) Nulidad de las pruebas ilícitamente obtenidas: registro informático

La STSJ de Cantabria de 23 de febrero de 2004, I.L. J 691, declara la nulidad de la prueba de registro informático del ordenador de la trabajadora despedida, por cuanto dichas pruebas fueron obtenidas sin seguir lo dispuesto en el art. 18 ET. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 11.1 LOPJ, se excluye la valoración de determinados comportamientos que se imputaban a la actora en la carta de despido, al no poder surtir efecto las pruebas ilícitamente obtenidas. En idéntico sentido se pronuncia la STSJ de Cantabria de 20 de febrero de 2004, I.L. J 689.

D) Valoración de la prueba

La STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de febrero de 2004, I.L. J 984, recoge la doctrina del TC sobre la soberanía del Juez o Tribunal de instancia para apreciar la prueba practicada en el acto de juicio. De esta forma, se razona que las pruebas, una vez practicadas, dejan de ser de parte para pasar a ser del Juez, quien queda facultado para su valoración, por igual o con preferencia de unas sobre otras, siempre que se ponderen los elementos que constituyen la actividad probatoria. Sobre este mismo particular se pronuncia la STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de marzo de 2004, I.L. J 1110, entendiéndose que es el juez de instancia “(...) quien puede elegir entre las distintas pruebas aquellas que considere más atinadas objetivamente o de superior valor científico, y tal operación ha de ser inamovible salvo error del Juzgador evidenciado por pruebas documentales o periciales, ya que ello no supone evidenciar una absoluta soberanía en la apreciación probatoria, ni la libertad de seguir sus impresiones o conjeturas, pues el art. 24.2 de la Constitución exige en este punto (STC 44/1989, de 28 de febrero) una deducción lógica partiendo de datos fijados con certeza y obtenidos de modo racional (...)”.

9. SENTENCIA**A) Incongruencia****a) Existencia**

La STS de 22 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 955, declara nula la SAN dictada en un procedimiento de impugnación de un artículo de un convenio colectivo de ámbito estatal, ya que dicha sentencia declara la nulidad del artículo en cuestión en una redacción anterior a la que se refería la demanda.

b) Inexistencia

La STSJ de Extremadura de 21 de enero de 2004, I.L. J 804, desestima la pretensión de incongruencia de la sentencia de instancia. A juicio de la Sala no debe confundirse tal defecto con la parquedad de los razonamientos de una resolución que resuelve, aun ge-

XII. El Proceso Laboral

néricamente, las cuestiones sometidas a su consideración. Tampoco existe incongruencia de la sentencia de instancia según declara la STSJ de Madrid de 13 de enero de 2004, I.L. J 816, habida cuenta de que el recurrente obtiene una respuesta a las pretensiones formuladas con apoyo en razonamientos más o menos convincentes: obtener un resultado no favorable no puede servir de base a una denuncia de incongruencia. Con cita de varias SSTC, la STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2004, I.L. J 1052, recuerda que “(...) el vicio de incongruencia ha de ser entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido y el cual puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho de tutela judicial, siempre y cuando aquella desviación sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación del verdadero debate contradictorio (...)”, lo que no ocurre en caso de autos al ajustarse el fallo a lo petitionado. Interesante es igualmente la STSJ de Galicia de 16 de abril de 2004, I.L. J 1066, que recogiendo expresamente el criterio de las SSTC de 13 de junio de 2000 y 3 de abril de 2001, resume con acierto el alcance del vicio analizado, para concluir que en el caso enjuiciado no existió incongruencia, pues el juez *a quo* declaró la nulidad parcial de una disposición convencional, aun cuando la demandante solicitaba su nulidad total, lo cual implica incluir la pretensión en el fallo al no ir más allá de lo pedido, “(...) pues quien pide lo más pide lo menos (...)”.

B) Hechos probados. Insuficiencia

Un ejemplo de nulidad de sentencia por insuficiencia de hechos probados se razona en la STSJ de Extremadura de 21 de enero de 2004, I.L. J 805, que cita varias sentencias del TS al respecto. También declara este defecto la STS de 22 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 955, al no contener la sentencia de instancia (dictada por la AN) “(...) datos fácticos suficientes y necesarios para resolver la cuestión debatida (...)” y la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de abril de 2004, I.L. J 1117, al no constar en los hechos probados el salario del actor, en un proceso en el que se impugna el cese de su relación. La STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de marzo de 2004, I.L. J 985, declara que el Tribunal *ad quem* está facultado de forma exclusiva y excluyente para apreciar la insuficiencia del relato fáctico de la sentencia de instancia como vicio insuperable que lleva consigo la nulidad de la misma.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Limitación temporal. Requisitos

La STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2004, I.L. J 693, razona ampliamente sobre lo que se entiende por error excusable en la consignación de la indemnización y salarios de tramitación, a fin de limitar temporalmente el devengo de estos últimos, citando la doctrina del TS existente en la materia. Concluye el TSJ que no procede dicha limitación cuando “(...) las diferencias en la indemnización son sustanciales y, además, el empresario no ha subsanado el error en la consignación una vez que ha tenido conocimiento de que la reclamación del trabajador es más elevada, manteniendo vivo

el litigio hasta la sentencia (...)”. En sentido similar se pronuncian las **SSTSJ de Madrid de 20 de enero** y **TSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2004**, I.L. J 822 y 785, en supuestos en los que para el cálculo de la indemnización no se había tenido en cuenta el salario variable o bonus del trabajador. De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2004**, I.L. J 799, declara error excusable a los efectos de la limitación temporal de los salarios de tramitación, el haber realizado el correspondiente depósito en un Juzgado de lo Social territorialmente incompetente (el depósito se hizo en los Juzgados de Barcelona, resultando competentes los de Tarrasa), por cuanto dicha conducta de la empresa (...) no consta, ni siquiera de forma indiciaria, que responda a una actuación abusiva, fraudulenta o con ánimo de perjudicar a la trabajadora (...). A dicha sentencia se formula Voto Particular por parte de uno de los Magistrados de la Sala. Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de enero de 2004**, I.L. J 740, declara el devengo de los salarios de tramitación al trabajador, sin limitación temporal, por cuanto la empresa no cumplió el requisito de poner en conocimiento del trabajador el reconocimiento de la improcedencia del despido. Sin embargo, la **STSJ de Cataluña de 5 de febrero de 2004**, I.L. J 1020, declara que no existe derecho a percibir salarios de tramitación aun cuando no haya existido un reconocimiento expreso de improcedencia, ya que el depósito judicial de la indemnización se realizó en plazo y el mismo se comunicó al empleado, presumiéndose por tanto con toda claridad la voluntad de la empresa y la implícita manifestación de improcedencia del despido. La **STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2004**, I.L. J 857, condena igualmente al abono de los salarios de tramitación, por cuanto el depósito que se hizo fue incorrecto en su cuantía y su subsanación posterior se produjo mucho después del plazo establecido al efecto en el ET. También condena al pago de salarios de tramitación hasta la fecha de notificación de la sentencia la **STSJ de Madrid de 20 de enero de 2004**, I.L. J 870, al ser la antigüedad y el salario de la actora distintos a los que consideró la demandada a efectos del cálculo de la cantidad que depositó.

B) Prestaciones por desempleo. Incompatibilidad

Las prestaciones por desempleo son incompatibles con el percibo de los salarios de tramitación, según razona la **STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2004**, I.L. J 788, ante una reclamación del INEM derivada de un despido que fue declarado improcedente en la instancia y nulo en trámite de duplicación. En relación con esta materia, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de julio de 2004**, I.L. J 973, declara que la empresa no puede descontar la prestación por desempleo de los salarios de tramitación, ya que (i) esta prestación no es concepto salarial, sino que tiene naturaleza de prestación social y (ii) se produciría un enriquecimiento injusto de la empresa. La restauración de la situación, dada la mencionada incompatibilidad, sólo se obtendrá mediante la correspondiente acción del INEM contra el empleado reclamándole lo anticipadamente percibido.

11. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La STS de 21 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 897, afirma 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 que ha de tomarse en cuenta a efectos de la afectación general 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. En este mismo sentido se pronuncia la STSJ de Cantabria de 3 de marzo de 2004, I.L. J 695. Por su parte, la STS de 24 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 908, establece 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. Sobre el mismo particular, las SSTS de 21 y 29 de junio de 2004, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 902 y 1188, declaran que el término de afectación general es un concepto jurídico indeterminado cuyo examen corresponde al Tribunal *ad quem* por tratarse de una materia relativa a la competencia funcional. Añade la STS de 21 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 902, 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. Finalmente, la STS de 22 de julio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 1179, explica y sintetiza los modos o sistemas que deben seguir los Tribunales para poder apreciar la concurrencia de la afectación general en cada proceso concreto.

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, la STS de 15 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 918, determina que la cuantía del litigio se determina por el importe reclamado y que la condena de pagar una cantidad a futuro no puede tomarse en consideración a tales efectos, ya que ésta es meramente condicional por depender de la continuidad en el tiempo de la relación laboral y de la persistencia de la situación que permite reclamar la cantidad adeudada.

B) Falta de motivación

La STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2004, I.L. J 849, desestima un recurso de suplicación debido a la ausencia de un motivo jurídico que señale la infracción normativa en que se basa. La sentencia afirma que el recurso no es técnicamente viable por circunscribirse a un motivo exclusivamente fáctico.

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 declaran las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 29 de abril y de 9 de junio de 2004, I.L. J 983 y 974.

12. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA**A) Contradicción. Requisitos materiales**

Las SSTS de 1 y de 23 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 916 y 1181, 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. A pesar de que no se exige una identidad absoluta, sí se requiere una diversidad de decisiones pese a tratarse de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

B) Escrito de preparación

Las SSTS de 17, 21 y 25 de junio de 2004, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 889, 903 y 926, 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. Así, en todas ellas se citan las sentencias que se consideran contradictorias con las recurridas, pero no se cumple con la exigencia de identificar el núcleo básico de las respectivas contradicciones. Añade la STS de 21 de junio de 2004, Sala Cuarta, I.L. J 903, 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 la 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 22 de junio y 6 de julio de 2004, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 904 y 940, respectivamente, declaran que el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina debe contener una relación precisa y circunstanciada de la con-

XII. El Proceso Laboral

tradición alegada. De este modo la parte recurrente debe establecer la identidad de los supuestos a partir de los que afirma la existencia de contradicción, mediante una argumentación y un examen que sean suficientes para ofrecer a la parte recurrida y a la Sala los términos en que el recurrente sitúa la oposición de los pronunciamientos. El caso contrario implicaría inadmisión del recurso por producirse indefensión a la parte contraria. Por otro lado, las **SSTS de 22 y 25 de junio y de 7 de julio de 2004**, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 922, 912 y 947, desestiman los recursos de casación para la unificación de doctrina por no alegar en los escritos de interposición de los recursos la concreta infracción de ley o doctrina legal que se imputa a la sentencias impugnadas. Estas sentencias afirman que el recurso de casación para la unificación de doctrina no debe expresar únicamente y de forma clara la infracción de la norma aplicable, sino que además debe fundamentar y poner de manifiesto en qué manera ha sido infringida.

D) Cuantía litigiosa. Cuotas por débitos a la Seguridad Social

Las **SSTS de 1 (tres) y 22 de junio y de 19, 20 y 21 (dos) de julio de 2004**, todas de la Sala Tercera, I.L. J 957, 962, 963, 956, 1106, 971, 1103 y 1167, 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 ordinario, 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 cantidad, al entender que en los supuestos de cuotas por débitos 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.

13. RECURSO DE CASACIÓN. DEFECTOS EN LA FORMALIZACIÓN

La **STS de 15 de junio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 932, desestima el recurso de casación por no citar las normas concretas o sentencias de la Sala Cuarta que pudieran haber sido infringidas y por no fundamentar y razonar, siquiera mínimamente, las supuestas infracciones. Por su parte, la **STS de 29 de junio de 2004**, Sala Tercera, I.L. J 959, desestima el recurso de casación por incumplir la normativa de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tanto en el escrito de preparación como en el escrito de interposición del recurso. En concreto, la Sala Tercera afirma que en el escrito de preparación del recurso de casación no basta con citar la norma estatal en la que pretende fundarse el recurso y alegar que la misma ha sido infringida en el fallo de la sentencia, sino que es necesario justificar en qué concepto su infracción es relevante y determinante del fallo. Asimismo, la Sala manifiesta que el escrito de interposición debe citar los preceptos legales y la jurisprudencia que se considera infringida.

14. RECURSO DE REVISIÓN. MAQUINACIÓN FRAUDULENTA

Al no probarse la concurrencia del elemento subjetivo, la **STS de 30 de junio de 2004**, Sala Cuarta, I.L. J 919, desestima el recurso de revisión. Así, la Sala afirma que la maquinación fraudulenta requiere un concierto de voluntades para defraudar los posibles derechos del demandante, que en el supuesto enjuiciado no se produjo por cuanto sólo existió una confusión en relación con el nombre y apellidos de la parte actora.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

MARIO BARROS GARCÍA

ÁLVARO NAVARRO CUÉLLAR

JUAN REYES HERREROS

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. El deber empresarial de protección de la seguridad de los trabajadores. 2. La obligación del empresario de adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual. 3. Responsabilidad por recargo de prestaciones.

A) Requisitos de aplicación. B) Falta de medidas de seguridad. C) Determinación del nexo causal. D) Determinación del porcentaje. **4. Responsabilidad empresarial por**

daños y perjuicios. A) Requisitos generales de responsabilidad civil. B) Incumplimiento de las medidas de seguridad e imputabilidad del mismo al empresario. C) El grado de culpabilidad exigible. D) Cuantía indemnizatoria.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se ofrece una breve reseña de los pronunciamientos judiciales que, en materia de seguridad y salud laboral, se han publicado en los números 5 (noviembre de 2004), 6 (noviembre de 2004), 7 (diciembre de 2004) y 8 (diciembre de 2004) de la Revista de *Información Laboral-Jurisprudencia*. Nada especial que destacar desde el punto de vista doctrinal. Lo que se suscitan son fundamentalmente cuestiones aplicativas relacionadas con la concurrencia de los elementos configuradores del recargo de prestaciones y de la reparación de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo. En este sentido, llama la atención la gran disparidad de criterios judiciales sobre imputación de la culpa en la responsabilidad civil. Si bien la tendencia es a exigir una especial conducta empresarial negligente, que sea causante directa del daño o que aumente el riesgo propio del trabajo realizado, a la hora de la constatación de la culpa los criterios no están muy claros, ya que en alguna ocasión se exime de responsabilidad a la empresa a pesar de haberse constatado serias irregularidades demostrativas de un alto grado de culpabilidad de la empresa en el accidente, como carecer de dispositivos de seguridad en los equipos de trabajo que utilizaba el trabajador o no facilitar formación sobre prevención de riesgos en tales equipos. Puede ser representativa de esta línea la STSJ de Castilla y León (Burgos), de 4 de mayo de 2004, I.L. J 1122.

1. EL DEBER EMPRESARIAL DE PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD DE LOS TRABAJADORES

En la STSJ del País Vasco de 20 de enero de 2004, I.L. J 1087, se reflexiona sobre el alcance de la obligación de seguridad del empresario, aunque quizás sería más adecuado hablar del deber de protección frente a los riesgos laborales, ya que es la denominación que utiliza la LPRL. El Tribunal trata de dar respuesta a la cuestión de cuál es el contenido de este deber, al margen de su configuración como una obligación de medios o de resultado. Y la respuesta ofrecida nos remite a los principios de máxima seguridad tecnológicamente posible y de lo razonablemente posible, que son los principios acuñados en la normativa sobre seguridad del producto, para determinar la diligencia exigible al fabricante en el cumplimiento de su obligación de seguridad. Señala la sentencia que la deuda de seguridad del empresario no se cumple con un mero acatamiento formal de la normativa sobre seguridad, sino poniendo todos los medios posibles para evitar el daño, de acuerdo con los criterios de la utilización de todos los medios razonables y de la máxima seguridad técnicamente posible.

2. LA OBLIGACIÓN DEL EMPRESARIO DE ADOPTAR MEDIDAS QUE ANTEPONGAN LA PROTECCIÓN COLECTIVA A LA INDIVIDUAL

De acuerdo con el principio preventivo establecido en el art. 15.1.h) LPRL, la STSJ de Cantabria de 24 de marzo de 2004, I.L. J 699, declara que “el nivel de riesgo cero o tolerable ha de obtenerse con medidas de naturaleza colectiva con preferencia a las de naturaleza individual”, de forma que los equipos de protección individual, como son los cinturones de seguridad sólo deben utilizarse cuando existan riesgos para la seguridad o salud de los trabajadores que hayan podido evitarse o limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización de trabajo (art. 4.º RD 773/1992). En aplicación del citado principio preventivo, el Tribunal rechaza que pueda imputarse la responsabilidad del accidente –producido al deslizarse el trabajador por la cubierta de un chalet y caer de una altura de ocho metros– al propio trabajador por no haber hecho uso correcto del cinturón de seguridad, por cuanto el accidente podía haberse evitado de haberse empleado un medio de protección colectiva posible, como la instalación de barandillas en los bordes de la cubierta, o cualquier otra opción, como son las redes de seguridad o la instalación de plataformas en el perímetro a proteger, que a título indicativo señala el punto 3.b) de la parte C del anexo IV del Real Decreto 1627/1997.

3. RESPONSABILIDAD POR RECARGO DE PRESTACIONES

A) Requisitos de aplicación

A propósito de la naturaleza y requisitos del recargo de prestaciones, se insiste en la STSJ de Extremadura de 12 de febrero de 2004, I.L. J 839, sobre el carácter punitivo que

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

ostenta el recargo y sobre la necesidad de interpretar de modo restrictivo el precepto regulador –art. 123 de la Ley General de Seguridad Social–, pero sin que dicha interpretación restrictiva lleve a la impunidad de la conducta negligente de la empresa. La Sala entiende que para que proceda el recargo son necesarios los siguientes requisitos: a) Que la empresa haya incumplido alguna medida de seguridad general o particular prevista en la normativa vigente; b) Que esa vulneración u omisión haya sido la causa del accidente, es decir, relación causa efecto entre el hecho y la falta; c) que haya quedado probado suficientemente; d) Que exista dolo, culpa o negligencia por parte de la empresa”.

B) Falta de medidas de seguridad

Un presupuesto indispensable para la imposición del recargo de prestaciones es –como se ha destacado en el epígrafe anterior– el incumplimiento por el empresario de alguna de las medidas de seguridad. Varias sentencias se dedican a analizar la concurrencia de este elemento, que, por lo general, lo relacionan, no con las obligaciones generales de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, sino con otras muy específicas aplicables a la tarea que estaba realizando el trabajador en el momento del accidente. En casi todas se aprecia falta de adopción de determinadas medidas de seguridad por el empresario. Así:

– La **STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2004**, I.L. J 1036, en un caso de atrapamiento de las extremidades superiores mientras realizaba las labores de limpieza de una cinta transportadora de bandejas estando ésta en marcha. En las instrucciones de seguridad de la empresa se recomendaba que la limpieza se realizara estando totalmente paradas las máquinas y, si es posible, desenchufadas, para eliminar la posibilidad de una puesta en marcha de manera imprevista. Pese a estas teóricas instrucciones, el responsable de la limpieza de la empresa había ordenado que la cinta transportadora no se detuviera durante la limpieza, a fin de posibilitar la total limpieza de la misma, con prohibición a las limpiadoras de parar las cintas sin su previa autorización. En razón de ello era práctica habitual sacar los plásticos adheridos al engranaje de la cinta con la mano cuando no era suficiente la presión de la manguera de agua. Considera la Sala que la empresa no adoptó todas las medidas de seguridad en el trabajo que le eran exigibles, pues el accidente se habría evitado de realizarse la limpieza de la cinta estando la misma detenida o de tener que hacerse en marcha, los riesgos se habrían eliminado, o al menos reducido, de haber dispuesto la máquina de mecanismos de seguridad adicionales, en especial de un mecanismo de parada de emergencia a lo largo de la cinta transportadora, mediante un cable de parada que permita detener el funcionamiento y sea accesible desde cualquier punto de la cinta, tal como exige la normativa de seguridad sobre máquinas (RD 1435/1992).

– La **STSJ de Extremadura de 12 de febrero de 2004**, I.L. J 839, en un accidente acaecido al deslizarse la escalera a la que estaba subido el trabajador y caerse al suelo falleciendo. En el caso se habían incumplido las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo contenidas en el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, que establecen que los suelos de los locales de trabajo no deberán ser resbaladizos, las escaleras de mano tendrán los elementos de apoyo y sujeción necesarios para que su utilización no

suponga riesgo, así como que la base de la misma deberá quedar sólidamente asentada y que cuando se utilicen para acceder a los lugares elevados sus largueros deberán prolongarse al menos 1 metro por encima de ésta. La empresa incurrió en omisión de tales medidas porque el suelo sobre el que se apoyaba la escalera estaba resbaladizo, la escalera no estaba suficientemente asentada en su base, ni estaba sujeta en su parte superior, puesto que se apoyaba en una tubería sin ninguna sujeción fija y, en fin, estaba colocada a 60 centímetros del lugar desde el que el trabajador tenía que acceder a ella, cuando debía sobresalir de dicho lugar.

– La **STSJ de Castilla y León de 16 de marzo de 2004**, I.L. J 705, en un accidente sobrevenido cuando el trabajador, que manejaba un troquel manual para el corte de pizarra, en lugar de fijar y presionar la placa a cortar con el puño cerrado, lo hizo con la palma de la mano, seccionándose parcialmente la falange distal del dedo corazón de la mano izquierda, al bajar las cuchillas con la derecha, sin mirar hacia aquél. El incumplimiento en este caso consistió en no haber dotado a la máquina de elemento de protección que, sin impedir el trabajo de corte, impidiese que la mano izquierda tuviera fácil acceso a las cuchillas, tal y como viene impuesto por los apartados 1.8 y 13 del anexo I del Real Decreto 1215/1997, en los que se dispone que “cuando los elementos móviles de un equipo de trabajo puedan entrañar riesgos de accidente por contacto mecánico, deberán ir equipados con resguardos o dispositivos que impidan el acceso a las zonas peligrosas o que detengan las maniobras peligrosas antes del acceso a dichas zonas”.

– La **STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2004**, I.L. J 797, en un caso de atrapamiento de la cabeza del trabajador contra la pared por un camión en una boca de carga del muelle, cuando se asomó por un lateral para avisar al conductor del vehículo de que corrigiera su marcha, resultando con lesiones determinantes de invalidez permanente total. Se considera que en la producción del siniestro no se adoptaron las medidas de protección previstas en el anexo I apartado A punto 5.1º del Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, sobre Disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo.

– La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de enero de 2004**, I.L. J 745, en un accidente ocurrido por caída al suelo de dos trabajadores desde lo alto de una campana de los Hornos de Cucharas, al romperse la soldadura de uno de los soportes que sujetaba la campana y perder ésta la horizontalidad. El incumplimiento en este caso viene determinado por la falta de adopción de determinadas medidas de seguridad previstas por los órganos de prevención de las empresas ante la previsibilidad de la rotura de las cadenas, pues, en días anteriores al accidente, se habían roto varias veces las cadenas e, incluso, el mismo día del accidente.

C) Determinación del nexo causal

El recargo sobre las prestaciones de Seguridad Social exige –como segundo requisito– la existencia de nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad física de los trabajadores y la conducta pasiva del empleador. No

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

obstante, y como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina de los Tribunales, la relación de causalidad se rompe y, en consecuencia, queda exonerado de responsabilidad el empresario cuando la producción del evento acontece de manera fortuita, de forma imprevista o imprevisible, sin constancia diáfana del incumplimiento por parte del empleador de alguna norma de prevención o por imprudencia del propio trabajador accidentado (entre otras, STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2004, I.L. J 1036).

Para exonerar de responsabilidad por imprudencia, alguna doctrina judicial se inclina por atender a la causa eficiente del suceso, de forma que sólo cuando radica en la conducta de la propia víctima, queda la empresa exonerada de la responsabilidad de que se trata, pero no cuando hay un concurso de causas eficientes, en cuyo caso no cabe aquella causa de exoneración. Así, la **STSJ de Cataluña de 22 de abril de 2004**, I.L. J 1036, que confirma el recargo de prestaciones, al comprobar que, si bien el atrapamiento de brazo se produjo por no parar las máquinas al realizar labores de limpieza, la causa eficiente radica en que la empresa no había adoptado un mecanismo de parada de emergencia, accesible desde cualquier punto.

En cambio, alguna otra resolución hace referencia, en el hipotético supuesto de concurrencia de culpas, a la que sea más relevante, negando la existencia de recargo cuando sea de mayor importancia, a efectos causales, la conducta del accidentado. Tal es la posición que mantiene la **STSJ de Asturias de 23 de enero de 2004**, I.L. J 751, aunque en el concreto caso analizado (accidente sufrido por el trabajador al caérsele sobre el pie la pieza que estaba procediendo a corregir, cayendo posteriormente al foso éste y la pieza) no aprecia existencia de imprudencia culpable del trabajador alegado por la empresa; antes bien considera que hubo incumplimiento culpable de la obligación empresarial de garantizar la seguridad de sus trabajadores, por haberse limitado a entregar un manual de la máquina, sin indicar concretamente las previsiones que debían ser tenidas en cuenta y cuya omisión fue la causa del accidente.

La **STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2004**, I.L. J 797, descarta también la existencia de imprudencia de trabajador accidentado en el caso –antes comentado– del atrapamiento de la cabeza contra la pared por un camión que estaba realizando la maniobra de marcha atrás, dada la falta de adopción por la empresa de las previsibles medidas de seguridad y el carácter determinante de tales omisiones, en relación con el accidente producido.

D) Determinación del porcentaje

En cuanto al porcentaje aplicable al recargo, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de enero de 2004**, I.L. J 745, y la **STSJ de Cataluña de 2 de marzo de 2004**, I.L. J797, reiteran la doctrina de unificación sustentada por el Tribunal Supremo entre otras en la STS de 19 de enero de 1996, a cuyo tenor, si bien el art. 123 TRLGSS no contiene criterios precisos de atribución, ya que se limita a la fijación del mínimo del 30 por 100 y el máximo del 50 por 100, sí indica una directriz general para la concreción del referido recargo, que es la gravedad de la falta. Esta configuración normativa supone reconocer un amplio margen de apreciación al juez de instancia en la determinación de

la citada cuantía porcentual, pero implica también que la decisión jurisdiccional es controlable con arreglo a dicho criterio jurídico general de gravedad de la falta, pudiendo revisarse cuando el recargo impuesto no guarde manifiestamente proporción con esta directriz legal.

4. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL POR DAÑOS Y PERJUICIOS

A) Requisitos generales de responsabilidad civil

La STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de junio de 2004, I.L. J 976, concreta los requisitos generales que configuran la responsabilidad civil; a saber: A) Se trata de una responsabilidad civil culposa en su sentido más clásico y tradicional; no es responsabilidad civil objetiva, ni derivada de la creación de un riesgo; B) Se organiza al margen y con autonomía de las otras posibles responsabilidades penal, administrativa o de seguridad social, pero esa autonomía no significa necesariamente rígida independencia, porque ante un daño indemnizable aparece una sola responsabilidad reparadora, global. La indemnización tiene unos límites racionales, la reparación íntegra y precisamente por ello no debe resultar un enriquecimiento injusto para el indemnizado. Por lo cual del importe total de la indemnización civil procedente hay que deducir lo ya percibido por el indemnizado en otras vías, por ejemplo lo abonado por las prestaciones de seguridad social y por posibles pólizas de seguro suscritas por la empresa; C) Pero como excepción no se deduce de la indemnización civil lo abonado y percibido por el mecanismo del recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad; D) El daño indemnizable es entendido en sentido amplio, comprendiendo los daños materiales y morales y sociales, el daño emergente y el lucro cesante. Pero no hay baremo legal a estos efectos, siendo libre el juzgador de acudir a criterios de analogía; E) La prescripción aplicable es la del año del art. 59 ET, no la de cuatro años propia del recargo del art. 123 TRLGSS. El *dies a quo* es cuando la acción pudo ejercitarse, por ejemplo, al término de las diligencias penales o con la sentencia de suplicación, en invalidez, pues hasta entonces no queda firme la situación invalidante.

B) Incumplimiento de las medidas de seguridad e imputabilidad del mismo al empresario

La STSJ de Murcia de 9 de febrero de 2004, I.L. J 850, declara civilmente responsable a la empresa por el fallecimiento de un trabajador a causa de una fibrosis pulmonar derivada de la inhalación de polvo de amianto por vía respiratoria. La Sala considera que hubo incumplimiento de la empresa, al no adoptar ante tal agente –polvo de amianto– precauciones destinadas a preservar la salud de los trabajadores por su riesgo, a partir del momento en que el Real Decreto 1995/1978 considera como causante del mesotelioma pleural y se reconoce oficialmente como enfermedad profesional. La Sala aprecia asimismo un comportamiento culposo en la empresa al permitir trabajar al fallecido en el entorno descrito, conociendo que no era inocuo y sin haber adoptado las medidas adecuadas para prevenir la asbestosis.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

Por el contrario, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 7 de junio de 2004, I.L. J 1155, exonera de responsabilidad civil a la empresa al no encontrar dato alguno que permita inferir que hubo culpa o negligencia en la empresa. En el caso enjuiciado, sólo quedó acreditado que el accidente del trabajador se produjo al tener una mala caída al bajarse del camión.

C) El grado de culpabilidad exigible

A la hora de determinar la responsabilidad civil de la empresa en el accidente sufrido por el trabajador, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de mayo de 2004, I.L. J 1122, entiende que “no es suficiente con constatar la omisión de medidas de seguridad y que exista relación de causalidad entre la medida omitida y el accidente sufrido sino que tiene que existir un plus culpabilístico por parte del empresario”. De conformidad con esta particular teoría de la culpa exigible, rechaza que se le pueda exigir responsabilidad a la empresa en un caso de accidente por atrapamiento de la mano producido al retirar una pieza de la prensa con la que estaba trabajando, y ello a pesar de haber constatado que la empresa había incurrido en omisiones tales como carecer la prensa de declaración de conformidad y marcado CE sin que se hubiera hecho la adecuación de la misma al RD 1215/97, de 18 de julio, el no haber recibido el trabajador ningún curso formativo sobre prevención de riesgos en el equipo de trabajo en el que operaba, y el no existir dispositivos de seguridad que protegieran al trabajador del riesgo de atrapamiento, siendo perfectamente accesible la zona peligrosa cuando se encontraba en funcionamiento. Para la Sala todas estas omisiones no integran el grado de culpabilidad necesario por parte de la empresa como el que se exige para responder de la indemnización de daños y perjuicios solicitada.

D) Cuantía indemnizatoria

La cuestión resuelta por la STSJ de Cataluña de 15 de abril de 2004, I.L. J 1029, aborda la valoración, a efectos de la fijación de la cuantía indemnizatoria por daños y perjuicios, de la situación familiar del fallecido que convivía como pareja de hecho con otra persona y los padres de ésta con cargo al mismo. La resolución judicial, después de evocar la consolidada doctrina del Tribunal Supremo de que la indemnización debe alcanzar sin limitación todos los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo que se acrediten y que la valoración de los mismos es facultad exclusiva del Juez de instancia, sin que pueda ser revisada salvo que exista una evidente desproporción entre el daño causado y la indemnización que se establezca, entiende justificada y razonable la fijación del *quantum indemnizatorio* atendiendo a las circunstancias del caso tanto en lo que se refiere a su pareja de hecho como a los progenitores de ésta, para compensar plenamente los daños y perjuicios causados en la esfera personal, familiar y social del fallecido.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ÉLISA SIERRA HERNAIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

P. O. ALARCÓN BRAVO DE RUEDA

La cuota sindical. Marco legal y práctica estatutaria

[Lex Nova, Valladolid, septiembre 2004, 292 páginas]

LEX NOVA

Esta monografía constituye el primer estudio completo de todos los aspectos (legales y prácticos) que inciden directa o indirectamente sobre la cuota sindical, ya que dicha materia, elemento configurador del Derecho Sindical, ha sido escasamente tratada por los autores a pesar de su especial relevancia dentro del área en cuestión. De este modo, dentro de la doctrina científica española, se confecciona por vez primera un trabajo ordenado de la relación asociativa, así como de la aparejada de cotización económica, entre los trabajadores asalariados y el sindicato al que han decidido afiliarse en ejercicio de su legítimo derecho fundamental de libertad sindical.

La obra, tras un clarificador apartado introductorio, distribuye sus exposiciones a lo largo de cuatro completos capítulos. El que sirve de inicio a la monografía confecciona conceptualmente el término cuota sindical desde el punto de vista de su carácter de recurso económico principal del sindicato, teniendo en cuenta que viene a ser el principal medio financiero de las organizaciones sindicales, con el cual se debería llegar a la autofinanciación. Asimismo, aborda de forma concisa las distintas fuentes de financia-

ción sindical, las clases de cuota y la protección legal de inembargabilidad.

El segundo de los bloques expositivos se centra, por un lado, en las relaciones de afiliación al sindicato (derecho de libre elección a afiliarse o a separarse del que estuvieren afiliados, según el caso) y, por otro, en la cotización económica al mismo como vínculo básico de la afiliación sindical.

En tercer lugar, se analiza con detalle la recaudación y sus diferentes procedimientos para llevarla a cabo —recaudación directa, recaudación en nómina y recaudación por intermediación bancaria—, así como las funciones de los órganos intrasindicales en dichas operaciones recaudatorias.

Por último, en el cuarto de los capítulos, se estudia el tratamiento de la administración y el control de la cuota sindical por parte de los afiliados al sindicato, de los órganos específicos de éste previstos por las disposiciones estatutarias a tal efecto o de los jueces, tribunales u otros órganos jurisdiccionales.

Se pone de manifiesto con la obra el manejo esmerado y minucioso de los materiales normativos y jurisprudenciales utilizados en la investigación, haciendo gala, además, de un profundo conocimiento selectivo de los estatutos y reglamentos de las organizaciones sindicales, ya sean las más representativas o no. Al mismo tiempo, el Profesor ALARCÓN BRAVO DE RUEDA exhibe en todo el desarrollo del libro un lenguaje preciso y contundente que se deriva en una notoria utilidad tanto para organismos oficiales, asociaciones sindicales, entidades empresariales o profesionales del ámbito sociolaboral.

J. M. DÍAZ RODRÍGUEZ

Actas, informes y requerimientos de la Inspección de Trabajo

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2004, 590 páginas]

LEX NOVA

Esta monografía realiza un pormenorizado estudio de las actuaciones administrativas de comprobación que los inspectores de trabajo llevan a cabo, así como de los efectos que derivan del desempeño de tales funciones revisoras. Se analizan, en consecuencia, los tres actos jurídicos en los que pueden culminar las comprobaciones emprendidas por la Inspección de Trabajo: las actas y requerimientos, en lo relativo a la función fiscalizadora que la ley encomienda al propio organismo inspector, y los informes, como manifestación de la asistencia técnica que la Inspección debe proporcionar.

El libro, que consta de cinco completos capítulos, comienza sus exposiciones con un esclarecedor apartado introductorio que sirve para encajar en la estructura administrativa de la Inspección las diferentes manifestaciones de su procedimiento de actuación. Posteriormente, en el primero de los capítulos, el autor aborda el tema de los **informes** como actividades de asesoramiento, desarrollando su concepto, clases y naturaleza y proporcionando lucidez a la comprensión de la materia examinada ya que, hasta el momento, la regulación de dichas actuaciones administrativas ha sido dispersa y caótica. A continuación, Juan Miguel DÍAZ analiza la figura de los **requerimientos** distinguiendo entre los instrumentales (facultades a utilizar en el curso de una compro-

bación inspectora) y los requerimientos como medidas de inspección (apercibimiento o introducción de medidas correctoras).

El grueso del libro (capítulos III, IV y V) dedica su contenido a las actas. En primer lugar, se afronta la complejidad de las actas de la Inspección de Trabajo como documentos públicos sometidos a requisitos, porque solamente las actas correctamente levantadas son eficaces, permitiendo, de este modo, el control administrativo y jurisdiccional de la actividad sancionadora y liquidadora de la Seguridad Social. El capítulo IV desgana minuciosamente la estructura de las actas de infracción deteniéndose en elementos accesorios, pero decisivos, como son la sanción laboral, la delimitación con las figuras constitutivas de delitos e ilícitos penales o la necesidad de instar la modalidad procesal del procedimiento de oficio. Por último, el bloque destinado a las actas de liquidación se centra tanto en la cotización al sistema público de la Seguridad Social y la extensión de las actas por parte de la Inspección de Trabajo, como en la reclamación de cuotas y los actos de gestión recaudatoria o en el análisis de las propias actas de liquidación en el expediente liquidatorio de cuotas.

La monografía se cierra con un utilísimo apartado de conclusiones, un anexo legislativo —que enumera, por orden cronológico desde 1882 hasta las más recientes de 2003, todas las disposiciones que afectan a la materia— y un extenso bloque bibliográfico que sirve de guía al interesado de cara a una ampliación de sus conocimientos.

Estamos, por lo tanto, ante una obra cuya extraordinaria técnica expositiva la convierte en una herramienta indispensable para el estudio de la temática en cuestión, más aun si se tiene en cuenta la complejidad normativa que tradicionalmente le ha caracterizado.

A. DOMÍNGUEZ LUELMO

Derecho sanitario y responsabilidad médica

[Lex Nova, Valladolid, noviembre 2003, 700 páginas]

LEX NOVA

Esta obra surge como consecuencia del planteamiento, cada vez más frecuente, de litigios en materia de responsabilidad civil sanitaria. La misma ofrece un comentario extenso y minucioso de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que intenta regular la figura del consentimiento informado en todas sus vertientes más conflictivas: legitimación para prestarlo, alcance, forma, excepciones, etc.

DOMÍNGUEZ LUELMO (Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid y autor de varios trabajos e innumerables artículos en las revistas más prestigiosas) proporciona al lector un útil instrumento para la comprensión de la Ley, más aun teniendo en cuenta que su ámbito de aplicación se proyecta sobre los múltiples supuestos de violación de los tradicionales deberes médicos que conllevan inexorablemente la vulneración de los derechos que los pacientes poseen por la sola condición de serlo.

El libro, antes de abordar el análisis pormenorizado de cada precepto, comienza su estudio con un apartado de "Consideraciones preliminares" que se adentra en el tema de

la imputación como uno de los aspectos más problemáticos que hoy en día sigue constituyendo un enigma tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, dentro del sistema del Derecho de Daños. Posteriormente, se inicia el comentario de la norma siguiendo su misma estructura y desglosando sus exposiciones en los antecedentes legislativos de cada precepto y en su relación con la normativa sanitaria existente (fundamentalmente con la Ley General de Sanidad aunque también con otras leyes autonómicas). Asimismo, se recogen con carácter exhaustivo las opiniones doctrinales vertidas sobre cada uno de los puntos y la jurisprudencia existente, tanto del Tribunal Supremo, como de Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales.

Los distintos capítulos de la obra, que se corresponden con los de la Ley (derecho de información sanitaria, derecho a la intimidad, respeto de la autonomía del paciente, historia clínica e informe de alta y otra documentación clínica), tienen como ejes básicos el estudio de los derechos y obligaciones de los pacientes y de los profesionales sanitarios así como el consentimiento informado o la protección de los datos personales de los pacientes.

En definitiva, no sólo estamos ante una monografía meramente explicativa del texto de la Ley, sino que también entre sus logros está, por una parte, el ofrecer al lector todo el material normativo, bibliográfico y jurisprudencial de la temática, y, por otra, esclarecer y tratar de solucionar de forma alternativa los diversos problemas que subyacen a la disposición. Constituye, por tanto, un verdadero paso adelante en el tratamiento del Derecho sanitario en general y de la responsabilidad civil médica en particular.

A. MATEOS BEATO y R. MARTÍN JIMÉNEZ

La derivación de responsabilidad por deudas de la Seguridad Social

[Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, noviembre 2004, 360 páginas]

LEX NOVA

En la presente obra, que ya alcanza su segunda edición, MATEOS BEATO y MARTÍN JIMÉNEZ tratan de dar sentido a un tema tan difusamente abordado en nuestro derecho como el de la responsabilidad por deudas de la Seguridad Social, tanto en lo relativo a su alcance o extensión como en la determinación de los sujetos responsables, ya sean directos, solidarios o subsidiarios.

La monografía dedica cada uno de sus capítulos al estudio de tres cuestiones principales: la derivación de responsabilidad solidaria, la derivación de responsabilidad subsidiaria y el procedimiento de exigencia de responsabilidad por deudas de la Seguridad Social. Analiza, al mismo tiempo, distintos supuestos sobre derivación de responsabilidad para el caso de fenómenos interempresariales (contratos, empresas de trabajo temporal, grupos de empresas, administradores sociales, etc.)

Haciendo un repaso a las diferentes normas existentes sobre la materia (tanto laborales, como de la Seguridad Social) el libro proporciona respuestas a situaciones de incumplimiento por parte del obligado directo respecto al ingreso de la totalidad de las cotizaciones (empresario) así como aclara la distinción que hace la Ley General de la Seguridad Social entre la responsabilidad por prestaciones y la responsabilidad por cuotas.

Los autores hacen una advertencia clara respecto del origen de las deudas de la Seguridad Social y de los distintos sujetos responsables,

ya que aquéllas no sólo derivan del incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta o ingreso del importe de las cuotas, sino también de otras causas imputables, tales como las originadas en casos de concierto, aportaciones a los Servicios Comunes y Sociales, etc.

La obra contiene un minucioso y pormenorizado examen de los sujetos responsables, solidarios y subsidiarios, en función de la materia (referente a cotizaciones o a deudas genéricas), tanto de los tipificados en el Reglamento de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, como de otros supuestos omitidos por dicho Reglamento (lo que se traduce en importantes problemas prácticos). Éste es el caso de los grupos de empresa, regímenes especiales de la Seguridad Social o empresas de trabajo temporal.

Aspectos tan complejos como el período voluntario para el ingreso de las deudas, el inicio del procedimiento de apremio transcurrido dicho plazo o la determinación del órgano competente son tratados con claridad permitiendo al interesado una visión precisa e inequívoca de la responsabilidad por deudas en el ámbito de la Seguridad Social.

El manual finaliza con una extensa bibliografía que completa, más si cabe, la información de la que puede servirse el lector para ampliar los conocimientos del tema en cuestión.

Cabe destacar, por tanto, que como consecuencia de la exigencia de mecanismos de control depurados y eficaces por parte de la Seguridad Social, y a pesar de la dificultad de establecer reglas de carácter general, la monografía aporta coherencia al tema examinado ya que ha venido siendo tratado de forma independiente hasta su aparición, existiendo un complejo entramado normativo difícil de engazar.

En definitiva, el hecho de que estemos en presencia de una segunda edición deja constancia de su fácil manejo, por un lado, y, por otro, de la buena acogida recibida tanto de organismos oficiales, como de empresas y profesionales del sector.

A. DESDENTADO BONETE y J.I. TEJERINA ALONSO

La Seguridad Social de los trabajadores autónomos

[Lex Nova, Valladolid, diciembre 2004, 526 páginas]

LEX NOVA

El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos constituye una de las materias legislativas que ha sido más ampliamente reformada en el transcurso de los últimos años. Como consecuencia de lo anterior y para resolver los innumerales obstáculos que surgen de su elevada litigiosidad proyectada sobre un amplísimo colectivo social, nace la presente obra con el objetivo de ofrecer al lector un examen completo de este régimen tanto en lo referente a los problemas de su campo de aplicación, como en lo relativo a las especialidades de los actos de encuadramiento, cotización y acción protectora.

Los autores, dos conocidos especialistas en el ámbito sociolaboral del derecho, estructuran la monografía en cuatro capítulos. El primero de ellos centra su contenido en la exposición, desde una perspectiva general, de las grandes cuestiones que plantea la organización de la protección social de los trabajadores autónomos, ofreciendo, al mismo tiempo, algunas de las claves para comprender el sentido de la evolución del sistema español y los retos que tendrá que encarar en un futuro no muy lejano.

En el capítulo segundo, se analiza lo concerniente al campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos ya

sea desde el punto de vista de su propia delimitación como desde el encuadramiento de los profesionales colegiados o desde la integración en él de determinadas prestaciones de servicios en el marco de las sociedades mercantiles (administradores y socios trabajadores).

Los distintos actos de encuadramiento al RETA –afiliación, altas y bajas– y los efectos que conllevan, así como todo lo relativo a la cotización (sujetos, bases, tipos, regímenes específicos, etc.) constituyen el grueso del contenido del tercero de los capítulos.

Por último, el libro estudia el régimen jurídico de la acción protectora en aspectos como las contingencias y situaciones protegidas, los siniestros y accidentes laborales, las enfermedades profesionales o los supuestos excluidos de protección. Asimismo, este apartado cuarto examina prestaciones concretas: incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo.

Cada uno de los capítulos se ve acompañado de un epígrafe bibliográfico que proporciona al interesado la posibilidad de ampliar sus conocimientos sobre lo tratado en cada bloque. La obra concluye con un extenso anexo jurisprudencial que recoge, por contenidos, según la temática, las resoluciones más clarificadoras en litigios sobre Seguridad Social y trabajadores autónomos.

En conclusión, el lector se halla ante un estudio completo y actualizado que aborda los problemas fundamentales de la materia, tan particularmente compleja por los efectos del cambio legislativo, tal y como se presenta en la gestión administrativa, en la práctica forense y en la doctrina judicial.

J. PÉREZ REY**La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo**

[Lex Nova, Valladolid, octubre 2004, 425 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía se convierte en el primer análisis global y unitario que aborda la conversión de los contratos temporales en indefinidos con el fin de examinar su utilidad en la contención del mal uso o el uso abusivo de la temporalidad. Su objetivo principal –sirviéndose de un amplio repaso de legislación, doctrina, jurisprudencia y negociación colectiva– es proporcionar nuevas soluciones prácticas para solventar los problemas ocasionados por el insuficiente volumen de empleo o por las dificultades de reparto del trabajo como, por ejemplo, el fraude y abuso de la contratación temporal, el encadenamiento sucesivo de contratos o la presunción de fijeza derivada del incumplimiento de lo inicialmente establecido en la relación contractual.

El profesor PÉREZ REY, a lo largo de siete completos capítulos, desarrolla los dos grandes grupos de transformaciones legales para llegar a considerar fijo a un trabajador. El primero de ellos viene integrado por las denominadas **reglas de transformación débiles o simples**, es decir, cuando la conversión debe producirse como consecuencia de la inobservancia de alguno de los requisitos exigidos al comienzo o a lo largo de la contratación temporal –ausencia de forma escrita, falta de alta del trabajador en la Seguridad Social o término de la relación contractual sin denuncia previa y con continuación en la prestación de servicios por parte del empleado–, salvo que se acredite por parte del empresario la presunta naturaleza temporal de los servicios en cuestión.

El segundo de los bloques desarrollados en el libro hace referencia a las llamadas **reglas de transformación fuertes** que, según el autor, se enmarcan dentro del propio ámbito sustancial de la temporalidad centrándose en el concepto de fraude de ley y en sus características en lo relativo a estos tipos de contrataciones. De este modo se realiza una indagación tanto en las fuentes históricas como en las doctrinales y jurisprudenciales para averiguar su funcionamiento y efectividad con el fin de combatir el pésimo uso que se hace de la contratación temporal.

La obra concluye con un amplísimo apartado bibliográfico de extraordinaria utilidad para aquellos lectores que quieran profundizar en la materia de las relaciones contractuales y de los abusos y obstáculos que puedan llegar a surgir a lo largo de su vigencia.

Todo lo expuesto anteriormente pone de manifiesto que nos encontramos en presencia de un excelente trabajo que aporta –de modo crítico, valiente e innovador– la claridad necesaria para poder entender esta realidad social, por desgracia demasiado frecuente, otorgando así una rentable herramienta para el análisis, control y erradicación de todo aquel comportamiento contractual susceptible de ser calificado como fraudulento.

J. M. SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ**Las horas extraordinarias y su cotización a la Seguridad Social**

[Lex Nova, Valladolid, noviembre 2004, 478 páginas]

LEX NOVA

Este libro constituye el primer estudio completo de una de las más importantes facetas de la llamada “flexibilización de las relaciones laborales”: las horas extraordinarias y su sistema de cotización a la Seguridad Social. Su contenido tiene por objeto tratar de evitar, en la medida de lo posible, las confusiones más usuales entre las horas extraordinarias y otros conceptos afines, delimitando,

por otra parte, lo relativo a los supuestos de fuerza mayor y su cotización.

En seis bloques diferenciados el autor nos ofrece un análisis conjunto y sistemático de diversos aspectos laborales relacionados con la materia en cuestión, apoyando sus exposiciones con jurisprudencia seleccionada y con criterios doctrinales y administrativos que han resuelto numerosos problemas concretos.

En primer lugar, SÁNCHEZ-TERÁN analiza la evolución histórica que la legislación ha experimentado sobre las horas extraordinarias y su cotización a la Seguridad Social, por un lado, y la importancia que la regulación de la jornada de trabajo tiene en la política de empleo y en la prevención de riesgos laborales, por otro.

A continuación, en los capítulos segundo y tercero, se procede a examinar su concepto y sus notas configuradoras más características (voluntariedad, retribución, límites entre jornada ordinaria y extraordinaria, trabajo efectivo, descansos, prohibiciones, ...) así como la posibilidad de poder compensar su realización con descansos equivalentes.

Cabe destacar, dentro del completo contenido de la obra, el clarificador capítulo cuarto, ya que se dedica a diferenciar las horas extraordinarias de otros supuestos afines con los que tradicionalmente se las ha confundido con las consiguientes trabas técnicas. Conceptos distintos abordados dentro de este apartado son, por ejemplo, las horas recuperables, las horas

complementarias, la retribución por disponibilidad, la prolongación de jornada, los tiempos de diferencia en limitaciones de jornada, las horas de flexibilidad, el complemento de atención continuada del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud o las gratificaciones de carácter extraordinario por la prestación de servicios en la Administración Pública.

El tema de la cotización a la Seguridad Social de las retribuciones obtenidas por la realización de horas extraordinarias o, en su caso, de las compensaciones con descansos equivalentes es tratado en el capítulo cuarto en el que se delimita toda la diversidad de supuestos en función de los tipos aplicables.

La monografía finaliza con la documentación, prueba y control de las horas extraordinarias (calendario laboral, informes diario y mensual, efectos derivados de su incumplimiento, supresión de la autorización para poder realizar horas extraordinarias, etc.). Asimismo se exponen los distintos modos de protección, tanto los procedentes del derecho administrativo sancionador, como los tipificados en el Código Penal.

Nos encontramos, pues, en presencia de una magnífica técnica expositiva muy útil para el estudio de la materia y la consecución de soluciones prácticas por parte de jueces, inspectores de trabajo, sindicatos, empresarios, abogados, graduados sociales y de cuantos estén, de un modo u otro, vinculados con la vertiente social del Derecho.

