

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 2004

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] **Cuestiones de inconstitucionalidad y relaciones laborales: entre la incertidumbre y la desesperanza**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [13] **Novedades incorporadas en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio**

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

- [41] **La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales**

MARGARITA I. RAMOS QUINTANA

DULCE M.ª CAIRÓS BARRETO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[259] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD Y RELACIONES LABORALES: ENTRE LA INCERTIDUMBRE Y LA DESESPERANZA

Como es sabido, el art. 163 CE regula la cuestión de inconstitucionalidad en sentido estricto, esto es, la interpuesta por un órgano judicial ante el Tribunal Constitucional cuando una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez depende el fallo pudiera ser contraria a la Constitución. Este control de la constitucionalidad de las leyes exige que el juez interrumpa el procedimiento sobre el que ha de fallar y plantee ante el Tribunal Constitucional la duda para resolver finalmente en función de lo que el TC decida. Conforme a reiterada doctrina del TC, la cuestión de inconstitucionalidad no es una acción concedida a los órganos judiciales para impugnar con carácter abstracto la validez de la Ley, sino un instrumento puesto a disposición de aquéllos para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución. Estas razones explican el carácter de control concreto de la constitucionalidad de las Leyes que la cuestión promovida por Jueces y Tribunales tiene en nuestro ordenamiento, y justifican tanto los requisitos que la Constitución (art. 163) y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional imponen a la admisión de las cuestiones de inconstitucionalidad como la indispensable verificación que el Tribunal Constitucional debe realizar del adecuado cumplimiento de tales requisitos, extremando las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada.

Uno de los problemas fundamentales que han venido planteando en la práctica las referidas cuestiones ha sido la larga espera que han tenido que realizar los proponentes hasta alcanzar un ansiado resultado. La dilatada espera ha obligado a la propia doctrina constitucional a fundamentar su intervención cuando la norma cuestionada había sido, incluso, derogada en el momento en que el Tribunal conocía del asunto, fundamentando la procedencia de su intervención en el hecho de que “el objeto de los procesos de declaración de inconstitucionalidad no es la norma, incluso en el supuesto de sucesión de normas en el tiempo, sino la Ley, el texto legal o vehículo formal como signo sensible a través del cual se manifiesta el mandato normativo”. Un terrible ejemplo de estas largas esperas ha sido la STC 53/2004, de 15 de abril. Diez años han sido necesarios para resolver la cuestión planteada: una espera desmesurada, innecesaria, diríamos. Lo cierto es que resultados como el anterior suscitan dudas sobre el interés real en el mantenimiento y conservación de esta figura. A ello se añade la desesperanza y la incertidumbre para aquellos Jueces y, sobre todo, ciudadanos que se ven inmersos en la aventura que supone el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Entrando en las cuestiones de inconstitucionalidad recientemente resueltas por el Tribunal Constitucional en materia laboral y de Seguridad Social, varias han sido, últimamente, las que ha tenido ocasión de resolver el máximo intérprete constitucional. De algunas nos hemos ocupado en esta misma sección [“Pensiones de viudedad y convivencia *more uxorio*, perfiles de una polémica (Notas a la STC 125/2003, de 19 de junio, y ATC 188/2003, de 3 de junio)”, *Justicia Laboral*, 2003, nº 15, pp. 5 a 10], resumimos ahora, por su interés, las resueltas más recientemente.

La STC 37/2004, de 11 de marzo, examina la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 135 b), inciso último, del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local y que dispone que “para ser admitido a las pruebas para el acceso a la Función Pública local será necesario: ... b) Tener cumplidos dieciocho años de edad, y no exceder de aquélla en que falten menos de diez años para la jubilación forzosa por edad determinada por la legislación básica en materia de función pública”, en la medida en que dicho precepto pudiera resultar contrario al art. 23.2 CE y contener una discriminación por razón de edad. La cuestión de inconstitucionalidad se planteaba en el seno de un supuesto concreto en el que se impugnaba el apartado b) de la segunda de las bases de una convocatoria pública realizada por la Diputación Provincial de Huesca para proveer, mediante oposición libre, una plaza de Técnico Medio-Inspector de Tributos Locales que reproducía el precepto antedicho aunque la Administración demandada reconocía que la condición de una determinada edad no respondía a razones derivadas de la naturaleza o características especiales de la plaza convocada, sino al estricto cumplimiento de la normativa vigente.

La Sentencia comienza afirmando que la cuestión no ha perdido su objeto por el hecho de que el precepto se haya visto modificado por el art. 58 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por cuanto, de acuerdo con la doctrina general en esta materia, en las cuestiones de inconstitucionalidad “los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (SSTC 111/1983, FJ 2; 199/1987, FJ 3; 168/1993, FJ 7; 385/1993, FJ 2)’ (STC 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 1)” y, en el presente asunto, concluye que el precepto enjuiciado sigue resultando aplicable en el juicio a quo origen del proceso constitucional.

En cuanto al fondo de la cuestión, el Pleno parte de la doctrina contenida en la STC 75/1983, de 3 de agosto, en la que se resolvió una cuestión de inconstitucionalidad en relación con un precepto de la Ley especial para el Municipio de Barcelona, que exigía, igualmente, no rebasar la edad de sesenta años para tomar parte en los concursos de provisión de la plaza de interventor. En ella se mantenía que aunque la edad no era una de las circunstancias enunciadas con carácter general en el art. 14 CE, en la fórmula de este precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter

de circunstancia personal que debe predicarse también de la edad. En la medida en que el precepto objeto de la litis afecta directamente al acceso a la función pública, para el TC resulta evidente que su licitud constitucional debe abordarse desde la perspectiva del art. 23.2 CE y recuerda que, aunque este precepto no priva al legislador de un amplio margen de libertad en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de los méritos y capacidades que se tomarán en consideración, el mismo contiene, no obstante, unos límites infranqueables de carácter positivo (basados en que el acceso debe responder única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad) y negativo (exigir requisitos de acceso que tengan carácter discriminatorio o en términos concretos o individualizados).

Sobre esta base, el Pleno reitera, como dijo en la STC 75/1983, que el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas no prohíbe que el legislador pueda tomar en consideración la edad de los aspirantes, o cualquier otra condición personal y que tal decisión diferenciadora de colectivos será legítima cuando, atendiendo a ese elemento diferenciador y a las características del puesto de que se trate, se fijen objetivamente límites de edad que supongan, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos, siendo carga de los demandados la de argumentar sobre la razonabilidad de la norma que incorpora un requisito relacionado con la edad que no entronca con los principios de mérito y capacidad constitucionalmente establecidos (art. 103.3 CE). Pero en el presente caso, el Pleno considera que se produce una ausencia de razonabilidad en el requisito diferencial que lleva a declarar nulo por inconstitucional el inciso cuestionado.

En concreto, rechaza el TC que puedan considerarse razonables los argumentos ofrecidos por Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado consistentes en que la única discriminación prohibida es la *ad personam* y ésta no se produce cuando el precepto presenta un alcance general sobre todos los aspirantes a ocupar una plaza de la función pública y en el hecho de que la previsión cuestionada se limita a asegurar que la provisión del cargo se realice de forma estable y tal exigencia pudiera derivarse del régimen jurídico de los derechos pasivos de tal tipo de funcionarios (previsto, por cierto, en una normativa —Real Decreto 480/1993, de 2 de abril— aprobada varios años después del precepto legal enjuiciado). Y ello porque, a decir del Pleno del TC, un planteamiento tal restringe indebidamente el derecho de acceso a aspirantes que pueden presentar, potencialmente, mayores méritos y capacidad, y porque, el argumento de que el legislador la ha referido a toda la función pública local contradice la doctrina de la STC 75/1983, de 3 de agosto, en la que se señalaba que podía ser justificable que la provisión de determinadas plazas de la función pública contuviera exigencias específicas de edad pero sólo cuando eran derivadas de las peculiaridades de los concretos puestos a cubrir, lo que difícilmente puede operar cuando, como es el caso, la norma se aplica de forma indiferenciada a todos los funcionarios públicos locales.

La STC 53/2004, de 15 de abril, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que llevaba pendiente en el Tribunal Constitucional más de diez años. En la misma se cuestionaba la constitucionalidad de la ya derogada disposición adicional segunda, párrafo segundo, del Real Decreto-ley 3/1989, de 31 de marzo, de medidas adicionales de carácter social,

y el vigente art. 216.5, párrafo segundo, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en cuanto los mencionados preceptos excluyen a los trabajadores fijos discontinuos de la condición de beneficiarios del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, previsto, respectivamente, en el derogado art. 13.3 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (en adelante, LPD), en la redacción dada por el art. 20 del Real Decreto-ley 3/1989, y en el vigente art. 215.3 del Real Decreto Legislativo 1/1994. El órgano judicial proponente considera que la citada exclusión pudiera ser contraria al art. 14 en relación con el art. 41 CE.

Entra la sentencia en el estudio de fondo de las dudas que aduce el órgano judicial en relación con el principio de igualdad ante la Ley establecido en el art. 14 CE. El Tribunal parte de la reiterada doctrina constitucional sobre dicho principio. Sentadas las bases de enjuiciamiento, entiende el Tribunal que dos son los términos de comparación que ofrece la Sala proponente para cuestionar la constitucionalidad de la disposición adicional segunda, párrafo segundo, del Real Decreto-ley 3/1989, por su posible contradicción con el art. 14 en relación con el art. 41 CE, al excluir a los trabajadores fijos discontinuos como beneficiarios del subsidio asistencial por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años. De un lado, el resto de las categorías de trabajadores que, al reunir los requisitos señalados en el art. 13.2 LPD, pueden ser beneficiarios de dicho subsidio asistencial; de otro, los trabajadores fijos discontinuos menores de cincuenta y dos años, que pueden acceder a otras modalidades de subsidios asistenciales por desempleo.

En primer lugar, se afirma que para rechazar la posible existencia de un trato discriminatorio entre trabajadores discontinuos por razón de edad es suficiente la lectura de las disposiciones legales reguladoras de las distintas modalidades del subsidio por desempleo, pues en ellas no se establece diferencia alguna entre dicha categoría de trabajadores en función de la circunstancia aludida (arts. 13 a 15 LPD y disposición adicional segunda Real Decreto-ley 3/1989; arts. 215 y ss. Real Decreto Legislativo 1/1994). La diferencia de tratamiento se da entre las categorías de trabajadores que pueden ser beneficiarios del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años y la de los fijos discontinuos que quedan excluidos como posibles beneficiarios de tal subsidio, por lo que, carente de fundamento el segundo de los tratos discriminatorios denunciados, la cuestión a dilucidar es la de si ese tratamiento diferenciado, consecuencia de tal exclusión, en razón de la condición de trabajadores fijos discontinuos, es o no razonable a la luz de nuestra doctrina constitucional sobre el principio de igualdad por tener su fundamento objetivo en un hecho o elemento diferencial relevante al respecto.

Una vez delimitada en los términos expuestos la duda de constitucionalidad ha de resaltarse, en primer lugar, que, como se razona en el Auto de planteamiento, los considerados son trabajadores afiliados a un mismo régimen de la Seguridad Social y respecto de una misma contingencia (subsidio asistencial por desempleo), de modo que no resulta de aplicación la reiterada doctrina constitucional de que, a los efectos del art. 14 CE, no cabe comparar aisladamente el marco jurídico de prestaciones de distintos regímenes de la

Seguridad Social (STC 38/1995, de 13 de febrero, FJ 2, por todas) y que la Constitución permite, aunque no impone, una diferente protección en atención a las causas que originan las situaciones de necesidad, por lo que no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración estos factores causales para establecer en función de ellos regímenes jurídicos diversos (SSTC 375/1993, de 20 de diciembre, 38/1995, de 13 de febrero). Parece, pues, que es la diferente modalidad de la relación contractual el factor determinante para excluir a los trabajadores fijos discontinuos como beneficiarios del subsidio asistencial por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, subsidio que, al orientarse a asistir a los desempleados de cierta edad en su tránsito hacia la jubilación, permite que queden excluidos de su cobertura quienes son empleados, aun cuando sea con carácter discontinuo.

Se concluye, de este modo, que de acuerdo con la doctrina constitucional, la norma cuestionada, dado su carácter de disposición con rango y valor de ley, puede conferir a los trabajadores fijos discontinuos (categoría que en el momento de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad comprendía tanto a quienes realizaban trabajos fijos discontinuos como a los que prestaban trabajos fijos periódicos, por lo que ningún problema de desigualdad cabe plantear entre ellos), en razón de la naturaleza o modalidad de su relación contractual, un trato distinto al dispensado al resto de los trabajadores en cuanto a la fijación de la extensión, la duración o la cuantía del subsidio asistencial por desempleo. Siendo ello así, la pregunta a formularse es la de si ese tratamiento diferente que puede establecer el legislador le permite llegar a excluir, sin vulnerar el art. 14 CE, a los trabajadores fijos discontinuos de una modalidad de subsidio asistencial por desempleo como la prevista para los trabajadores mayores de cincuenta y dos años.

Recuerda el Tribunal que el problema del trabajador fijo discontinuo consiste en que para él existen dos situaciones legales de desempleo: una primera, de pérdida del trabajo objeto del contrato; y otra segunda, de falta de ocupación efectiva entre los periodos de actividad. La primera se rige por las reglas generales. Pero dichas reglas no serían aplicables a la segunda situación, que no sería técnicamente una situación de desempleo pues no se produce en ella la pérdida de un empleo preexistente. Sentado lo anterior, fácilmente se comprende que un trabajador fijo discontinuo, mientras mantenga dicha condición, no es (en rigor) un desempleado, aun cuando la interrupción de su actividad de temporada sea considerada por la ley como situación legal de desempleo. De manera que, como señala el Abogado del Estado, cuando la norma cuestionada define el círculo subjetivo de sus afectados en esos términos, esto es, los trabajadores fijos discontinuos “mientras mantengan dicha condición” (lo que supone que conservan su empleo), está contemplando una realidad bien distinta de la correspondiente al supuesto de hecho que se encuentra en la base del art. 13.2 LPD. Por ello, mientras mantenga dicha condición, el fijo discontinuo no es un desempleado, sino una persona vinculada por un contrato laboral vigente que se encuentra en situación de seguir causando derecho a nuevos periodos de cobertura en el nivel contributivo hasta la definitiva e integral extinción de su relación laboral.

Por todo lo anterior, y dado que la clave del juicio de igualdad se encuentra en el criterio con el que se agrupan los individuos o las situaciones en iguales o desiguales, en suma, en los factores que contribuyen a crear una clase lógica o un círculo de igualdad, en el

presente caso no cabe apreciar la existencia de un adecuado y válido término de comparación, pues la cuestión en él planteada pretende equiparar la situación de los que pierden definitivamente su empleo con la de aquellos otros que mantienen vigente (si bien, claro es, en los términos específicos que la caracterizan) su relación laboral. En todo caso, no puede excluirse que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las consideraciones de interés general que tome en consideración.

Finalmente, la STC 78/2004, de 29 de abril, examina una nueva cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el art. 143.2 LGSS en cuanto impide a los incapacitados solicitar la revisión del grado de invalidez cuando hayan cumplido la edad mínima para acceder al derecho a la pensión de jubilación prevista en el art. 161.1 a) LGSS (65 años) en los supuestos en los que se solicita el grado de invalidez.

Ese límite de edad, en el entender del órgano proponente, podría infringir el art. 14 CE y el art. 41 en relación con el art. 9.2 CE en cuanto, concretamente, impide declarar gran inválido a quien, encontrándose en la situación descrita en el art. 137.6 LGSS y habiendo sido declarado anteriormente en situación de incapacidad permanente absoluta, hubiera cumplido sesenta y cinco años de edad en el momento en el que solicita la revisión.

El Tribunal desestima la cuestión planteada, de un lado, por lo que se refiere a la posible vulneración del art. 14 CE, remitiendo a los mismos motivos que ya expuso al analizar el mismo problema en la STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 5, considerando que la situación de vida laboral activa y la de finalización de ésta constituyen situaciones distintas que obedecen a diferentes fundamentos: “la jubilación, que originariamente se basaba en el declive de las facultades adecuadas para el desarrollo del trabajo, hoy se justifica también como derecho al descanso socialmente retribuido que se reconoce al trabajador como contrapartida al esfuerzo que ha desarrollado durante su vida laboral. La invalidez, por el contrario, deriva de unas reducciones anatómicas o funcionales graves, que, pese a que la persona está en edad de actividad, disminuyen o anulan su aptitud para el trabajo”. Por todo ello, “el ordinario declive de las facultades por razón de edad que presume el régimen de jubilación frente al patológico sobrevenido para el trabajo durante la vida activa, independiente de la edad, define dos situaciones diversas y, consecuentemente, dos marcos distintos de protección. Lo contrario, como tantas veces se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, llevaría a erigir en eje central del sistema de pensiones no a la vejez sino a la invalidez”. De ello, concluye de nuevo que “el cierre de la protección propia de la incapacidad permanente conforme a una técnica de conversión a favor de la de jubilación, una vez alcanzada la edad en la que se permite adquirir la condición de pasivo, permite fijar para quien se encuentra en edad pensionable, en atención a la presunción de retirada definitiva del mundo del trabajo, mecanismos distintos de compensación de la pérdida de su capacidad de ganancia, lo que representa una opción constitucionalmente admisible para la protección de quienes han culminado su vida laboral”.

Junto ello, el Pleno reitera que el art. 41 CE es una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero que tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales.

Y afirma que aunque fuera deseable la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos, ello no constituye un imperativo jurídico, ni vulnera el principio de igualdad. De este modo, aunque la revisión de las actuales previsiones normativas en la materia examinada, tendiendo señaladamente a la aproximación en los sistemas de determinación y cálculo de la jubilación y la incapacidad permanente, resultara, como hipótesis, posible, se trataría de otro modelo normativo, sin que esa posibilidad alternativa pueda conducir a considerar vulnerado el art. 41 CE por el modelo actual. En palabras textuales: “Ciertamente, la cobertura de la necesidad derivada de una situación de gran invalidez surgida después del cumplimiento de los 65 años es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en sus arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva —art. 53.3 CE. Sin embargo, este ‘Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable’ (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6), lo que no ocurre en el caso que se examina, pues, como ya hemos visto, el criterio diferenciador del art. 143.2 LGSS parte de la existencia de regímenes jurídicos distintos para los trabajadores en situación de actividad y para los que ya han alcanzado la edad de jubilación”.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Novedades incorporadas en el Reglamento General de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

Administrador Civil del Estado
Miembro del Instituto Europeo de
Seguridad Social

Sumario:

Introducción. 1. Normas generales. A) Objeto de la gestión recaudatoria y competencia sobre la misma. B) Recargos e intereses. C) Los responsables del pago de las deudas.

D) Las garantías de pago. E) Los aplazamientos de pago. F) Devolución de ingresos indebidos. G) Concurrencia de acreedores. H) Imputación de ingresos. **2. Algunas particularidades del procedimiento en período voluntario.** A) La presentación de los documentos de cotización. B) Las reclamaciones de deudas. C) Las actas de liquidación.

3. Novedades en la fase ejecutiva del procedimiento recaudatorio. A) La providencia de apremio. B) El embargo de bienes. C) Normas especiales de los embargos según su objeto. D) La enajenación de los bienes embargados. E) Otras particularidades.

INTRODUCCIÓN

Con fecha 26 de junio ha entrado en vigor el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, mediante el que se aprueba el nuevo Reglamento general de recaudación de los recursos de la Seguridad Social (RGRSS)¹ a través del cual se ha procedido a acomodar la normativa reglamentaria reguladora de la recaudación de la Seguridad Social a las modificaciones introducidas por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en

(1) Con excepción de su artículo 50, cuya entrada en vigor se produce el 1 de septiembre de 2004, fecha en que lo hará asimismo la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, según la Disposición Final Trigésima Quinta de la misma.

materia de Seguridad Social en este ámbito², sistematizar esta misma normativa reglamentaria³, no sólo en relación con las disposiciones con rango de Real Decreto, sino inferior⁴ y procurar un mayor acercamiento al procedimiento recaudatorio del Estado, de conformidad con las orientaciones recogidas en la Disposición Transitoria Decimotercera LGSS⁵ que señala, como meta final, la organización de un sistema de recaudación unificado para el Estado y la Seguridad Social⁶.

(2) Así como, previamente, en las Leyes 55/1999 y 14/2000, ambas de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Respecto al contenido de las mismas, vid. BLANCO MARTÍN, J.M.: "Las novedades laborales de los proyectos de Ley de Presupuestos Generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2000". *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 25, 1999; CAVAS MARTÍNEZ, F.: "El contenido socio-laboral de las leyes de presupuestos y de acompañamiento para el año 2001", *Aranzadi Social*, núm. 20, febrero 2001. MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: "El nuevo régimen jurídico de la prescripción de la obligación de cotizar: la Ley 14/2000, de 29 de diciembre", *Actualidad Laboral*, núm. 16, 16 al 22 de abril de 2001; PANIZO ROBLES, J.A.: "La Seguridad Social en las leyes de Presupuestos y de acompañamiento de 2000". Centro de Estudios Financieros. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, núm. 203, febrero/2000, págs. 3 a 58 y "Novedades en materia de Seguridad Social en las Leyes de Presupuestos y de 'acompañamiento' en el año 2001", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 215, febrero, 2001, pág. 3 a 62 o PIÑERO DE LA FUENTE, A. J.: "Previsiones en materia de Seguridad Social que incorporan los proyectos de Ley de Presupuestos Generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y del orden social para el año 2000", *Información Laboral. Legislación y Convenios Colectivos*, núm. 25, 1999.

Respecto del contenido de la LDE vid. PANIZO ROBLES, J.A.: "La Seguridad Social en el inicio del año 2004 (Comentario a las novedades en materia de Seguridad Social contenidas en las Leyes de Presupuestos y Acompañamiento para 2004, así como en la Ley de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social)", RTSS, CEF, Madrid, núm. 251, enero, 2004 y "Comentarios a las novedades incluidas en la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social". En AAVV: "Las últimas reformas laborales del año 2003", *Justicia Laboral*, núm. extraordinario, Lex Nova, 2004; SEMPERE NAVARRO, A.V.: "Contenido sociolaboral de la Leyes 61 y 62/2003, de presupuestos y acompañamiento para 2004", *Aranzadi Social*, núm. 18, febrero, 2004 y VILLAR CAÑADA, I. y CUEVAS GALLEGOS, J.: "Las reformas de la Ley de Seguridad Social para el fin de la legislatura: comentario a la Ley 562/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, y a la Ley de PGE (Ley 61/2003) y Ley 62/2003 (LMFAOS)", *Trabajo y Seguridad Social*, CEF, febrero, 2004.

(3) El anterior Reglamento de Recaudación de Recursos de la Seguridad Social fue aprobado por el RD 1637/1995, de 6 de octubre, modificado por los RRDD 1426/1997, de 15 de septiembre, y 2032/1998, de 25 de septiembre. Un análisis de la evolución histórica y normativa del procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social, en MADRID YAGUE, P.: *La recaudación ejecutiva de la Seguridad Social*, Lex Nova, 2001, págs. 34 y sigs. y MOMPALER CARRASCO, M.A.: *La recaudación de los recursos de la Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 15.

(4) El nuevo RGRSS deroga la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Social de 26 de mayo de 1999, que constituía el desarrollo del RGRSS (1995). Esta derogación no es completa, ya que mantienen su vigencia los artículos 57.2 (pago a través de entidad financiera), 59 (forma de pago), 68 (documentos de cotización: datos y formalización), 69 (documentos de cotización: modelaje y número de ejemplares a presentar), 73 (domiciliación del pago en oficinas recaudadoras), 78 (relaciones de la TGSS y Entidades gestoras de los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de la Seguridad Social) y 84 (liquidaciones con saldo acreedor), así como sus Disposiciones Adicionales Segunda (ampliación gradual de la emisión por medios informáticos de los documentos de cotización y de la domiciliación en el pago), Séptima (incidencia de la incorporación al sistema RED de la contraprestación de las Mutuas a los servicios de gestión administrativa por parte de terceros), Octava (uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos: su incidencia en la adquisición y mantenimiento de beneficios en la cotización y obligación de incorporación al sistema RED) y Final Primera (habilitación específica a la Dirección General de la TGSS) mantienen su vigencia hasta tanto se dicten las correspondientes normas de desarrollo del RGRSS.

(5) Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

(6) Sobre el contenido de la Transitoria Decimotercera LGSS vid. LÓPEZ FUENTES, R.: "Comentarios a la disposición transitoria 13ª" en AAVV (coord. ALARCÓN CARACUEL M.R.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2003, y MOLINA NAVARRETE, C.: "Comentarios a la disposición transitoria 13ª" en AAVV (coord. MONEREO PÉREZ, J.L. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Edit., Granada, 1999)

Conforme al apartado 1 de la Disposición Final Primera RGRSS, en lo no previsto en el mismo y en las disposiciones de desarrollo que al efecto se dicten, se ha de aplicar a la recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, supletoriamente, el Reglamento General de Recaudación del Estado, texto aprobado por Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre (modificado por RRDD 208/2002, de 22 de diciembre y 1248/2003, de 3 de octubre) si bien las referencias que en el mismo se efectúan al Ministerio de Hacienda, Dirección General de Recaudación, Delegaciones de Economía y Hacienda y demás órganos de recaudación de los mismos han de entenderse realizadas, respectivamente, al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a la Dirección General de la TGSS, a las Direcciones Provinciales de la misma y a los demás órganos de recaudación de la Seguridad Social, que tengan atribuidas funciones análogas en materia recaudatoria.

Este estudio no pretende llevar a cabo un análisis exhaustivo del RGRSS, sino únicamente destacar, de forma sintética, las principales novedades que a través de aquél se han incorporado en el procedimiento recaudatorio de los recursos de la Seguridad Social, tanto en la fase voluntaria, como en la de carácter ejecutivo, a cuya finalidad se sigue el mismo orden que mantiene el propio Reglamento.

1. NORMAS GENERALES

A) Objeto de la gestión recaudatoria y competencia sobre la misma

Siguiendo el precedente del artículo 4 RGRSS (1995) el artículo 1 del nuevo delimita la gestión recaudatoria en materia de Seguridad Social, en función de que la misma recauda sobre los diferentes recursos de derecho público, que forman parte del patrimonio de la Seguridad Social⁷.

Frente a lo que sucedía en el anterior RGRSS (1995) han quedado excluidas de la consideración de recursos de la Seguridad Social, a efectos de la gestión recaudatoria, las aportaciones de la industria farmacéutica a la Seguridad Social, al no constituir ya propiamente un recurso del sistema de la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 86 LGSS⁸, así como las aportaciones del Estado a la Seguridad Social.

**HAN QUEDADO EXCLUIDAS
DE LA CONSIDERACIÓN DE
RECURSOS DE
LA SEGURIDAD SOCIAL
LAS APORTACIONES DE LA
INDUSTRIA FARMACÉUTICA,
AL NO CONSTITUIR YA
PROPIAMENTE UN RECURSO
DEL SISTEMA DE LA
SEGURIDAD SOCIAL**

(7) A tal fin constituyen recursos de la Seguridad Social: las cuotas de la Seguridad Social; las aportaciones que, por cualquier concepto, deban efectuarse en favor de la Seguridad Social en virtud de norma o concierto que tenga por objeto la dispensación de atenciones o servicios que constituyan prestaciones del sistema; las aportaciones para el sostenimiento de los servicios comunes y sociales de la Seguridad Social y de contribución a los demás gastos generales y a la satisfacción de las exigencias de la solidaridad nacional, a efectuar por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (Mutuas) y por las empresas que colaboren voluntariamente en la gestión de la Seguridad Social; los capitales coste de pensiones o de renta cierta temporal y otras prestaciones que han de ingresar las Mutuas y las empresas declaradas responsables de su pago por resolución administrativa; las aportaciones por reaseguro obligatorio y facultativo a efectuar por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; el importe de las sanciones por infracciones en materia de Seguridad Social; el importe de los recargos sobre prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, declarados procedentes por resolución administrativa; los reintegros de los préstamos que tengan el carácter de inversión social; los premios de cobranza o de gestión que se deriven de la recaudación de cuotas u otros conceptos para Organismos y Entidades ajenos al Sistema de la Seguridad Social; el importe de las contraprestaciones e indemnizaciones que procedan en los contratos administrativos celebrados por las Entidades Gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS); las aportaciones por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas o por ayudas previas a las jubilaciones ordinarias; las aportaciones por integración de Entidades de Previsión Social sustitutorias; el reintegro de prestaciones indebidamente compensadas y de deducciones indebidamente practicadas en los documentos de cotización; las costas procesales impuestas a quienes hayan litigado contra las Entidades Gestoras y la TGSS y cualquier otro ingreso de la Seguridad Social que tenga el carácter de ingreso de derecho público y cuyo objeto no sean frutos, rentas o cualquier otro producto de sus bienes muebles o inmuebles, a los que hayan de aplicarse las reglas del derecho privado.

(8) A partir de la Ley 24/1997, de 15 de julio, se inicia un proceso de separación de las fuentes de financiación de las diferentes prestaciones de la Seguridad Social, con especial incidencia en la asistencia sanitaria y los servicios sociales. Este proceso culmina con la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía (así como la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas) a través de la cual la asistencia sanitaria y los servicios sociales de la Seguridad Social pasan a tener su cobertura financiera a través de tributos propios de las Comunidades Autónomas o tributos cedidos).

La competencia material y territorial de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social se residencia en la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) que se ejerce bajo la dirección, vigilancia y tutela de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (MTAS)⁹. Las funciones recaudatorias se desarrollan por medio de las Direcciones Provinciales de la TGSS, a través de las Administraciones y Unidades de Recaudación Ejecutiva (UREs)¹⁰ sin perjuicio de la colaboración de otras entidades¹¹.

B) Recargos e intereses

El RGRSS¹², desarrollando las previsiones del artículo 27 LGSS, regula los recargos sobre las deudas de la Seguridad Social, cuando las mismas no se ingresen en los plazos reglamentarios, estableciendo la novedad de que el recargo es único (desapareciendo la distinción anterior entre *recargo de mora* y *recargo de apremio*)¹³ si bien con una cuantía variable y progresiva, en función del tiempo en que se ingrese la deuda, así como de la conducta del deudor, reconociendo o no la deuda, a través de la presentación de los documentos de cotización. Las cuantías de los recargos son las siguientes:

– Si el deudor no ingresa la deuda, pero sí ha presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario de ingreso, la cuantía del recargo es del 3 por ciento (si se abonan las cuotas debidas dentro del primer mes siguiente a la finalización del plazo reglamentario), 5 por ciento (si se abonan las cuotas debidas dentro del segundo mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario), 10 por ciento (cuando se abonan las cuotas debidas durante el tercer mes siguiente al del vencimiento del plazo reglamentario) y del 20 por ciento (si se abona ésta una vez transcurrido el tercer mes desde la

(9) Sin perjuicio de la colaboración que lleva a cabo el Instituto Social de la Marina (ISM) en el ámbito del Régimen Especial de Trabajadores del Mar (REM) conforme a lo establecido en la disposición adicional 2ª RGRSS.

(10) Conforme a la distribución de funciones que se establece en el propio RGRSS, así como en las normas de estructura y organización, y conforme a la reserva y reparto de competencias que lleve a cabo el Director General TGSS. Hay que tener en cuenta que son órganos recaudatorios, en el ámbito central, los órganos directivos centrales de la TGSS (conforme a lo previsto en los RRDD 1314/1984 y 1328/1986) mientras que en el ámbito provincial, ostentan esta calificación las Direcciones Provinciales y, dentro de ellas, las Administraciones y las URES. Conforme al contenido de la Disposición Transitoria Segunda RGRSS, en tanto se establezca la estructura de las unidades administrativas en las respectivas Direcciones Provinciales de la TGSS, en la forma prevista en el artículo 7 del Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, regulador de la estructura y competencias de la misma (en la redacción dada por Disposición Adicional Segunda del RD 469/2003, de 25 de abril, de modificación parcial de la estructura orgánica y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social) continúan subsistentes la estructura orgánica y puestos de trabajo de las URES actuales, en los términos previstos en la Disposición Transitoria Única del citado RD 469/2003.

(11) De acuerdo con el RGRSS pueden ser colaboradores de los órganos de recaudación de la TGSS, las entidades financieras autorizadas (entre ellas, los Bancos y las Cajas de Ahorro, las Cajas Rurales Cooperativas de Crédito, las demás Cooperativas de Crédito, cualesquiera otras entidades, órganos o agentes autorizados para actuar como oficinas recaudadoras, así como las Administraciones Públicas o entidades particulares a las que se atribuyan funciones recaudatorias en el ámbito de la Seguridad Social en virtud de concierto o por disposiciones especiales.

(12) Artículo 10.

(13) El hecho de que, tras la modificación incorporada por la LDE, no se diferencie entre el recargo de apremio y el de mora indica que no pueda procederse a la condonación de los mismos.

----- **Novedades del Reglamento General de Recaudación** -----

finalización del plazo reglamentario de ingreso, con independencia de si se ha notificado o no la providencia de apremio o haya comenzado el procedimiento de deducción).

– Cuando el deudor no ingresa la deuda ni ha presentado los documentos de cotización dentro de plazo reglamentario de ingreso, la cuantía del recargo es del 20 por ciento (si se abonan las cuotas debidas antes de la terminación del plazo de ingreso recogido en la reclamación de deuda o en el acta de liquidación) o del 35 por ciento (cuando se abonan a partir de la terminación de dicho plazo de ingreso).

– En la deudas con la Seguridad Social por recursos diferentes a cuotas, se aplica el recargo previsto para los supuestos en que se hayan presentado los documentos de cotización, según la fecha del pago de la deuda.

Una de las modificaciones de mayor calado en el procedimiento recaudatorio reside en la aplicación a la Seguridad Social de los intereses de demora, mecanismo que sí se venía aplicando en el ámbito de la recaudación tributaria¹⁴. Conforme a la nueva regulación, al vencimiento del plazo reglamentario de ingreso se aplica sobre la deuda el interés de demora¹⁵ si bien su exigibilidad únicamente procede cuando no se pague la deuda una vez transcurridos 15 días desde la notificación de la providencia de apremio o desde la comunicación del inicio del procedimiento de deducción.

La cuantía de los intereses de demora exigibles es la correspondiente a los devengados por el principal de la deuda, así como el recargo aplicable en el momento del pago, desde la fecha en que hubiesen sido exigibles¹⁶, calculándose los mismos bien en la fecha de pago de la deuda apremiada, cuando éste sea realizado en las condiciones y con los requisitos establecidos en la providencia de apremio, bien en la fecha de la aplicación del ingreso no realizado o en cualquier momento en que la tramitación del procedimiento de apremio lo requiera¹⁷.

C) Los responsables del pago de las deudas

Como norma general, son responsables del pago de las deudas las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada Régimen y recurso impongan la obligación de su ingreso, si bien responden también del pago de las deudas para con la Seguridad Social los responsables solidarios, subsidiarios o sucesores *mortis causa* de los primeros, cuando concurren los hechos, las omisiones, los negocios o los actos jurídicos que determinen esas responsabilidades, en aplicación de cualquier

(14) Vid. artículo 26 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT).

(15) Al tipo que esté establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Para el ejercicio 2004, el tipo del interés de demora es del 4,75 por ciento, conforme a la Disposición Adicional Sexta de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2004 (LPGE).

(16) No obstante, en ningún caso los intereses de demora devengados se acumulan al principal o a los recargos, a efectos del cálculo de nuevos intereses.

(17) El cálculo se puede efectuar por meses naturales, despreciándose a tales efectos las fracciones inferiores.

norma con rango legal que se refiera o no excluya expresamente a las obligaciones de Seguridad Social, o de pactos o convenios no contrarios a las leyes¹⁸.

En caso de que la responsabilidad por la obligación de cotizar corresponda al empresario, el procedimiento recaudatorio puede dirigirse contra quien efectivamente reciba la prestación de servicios de los trabajadores que emplee, aunque formalmente no figure como empresario en los contratos de trabajo, en los registros públicos o en los archivos de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes. Además, son responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar y del pago de los demás recursos de la Seguridad Social las personas físicas o jurídicas o entidades sin personalidad a las que las normas reguladoras de cada Régimen y recurso impongan directamente la obligación de su ingreso (por ejemplo, las entidades deportivas, los obispos, etc.), si bien no se pueden exigir, mediante la vía de la responsabilidad solidaria, subsidiaria o *mortis causa*, las sanciones pecuniarias ni los recargos sobre prestaciones económicas debidas a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales causados por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

a) En el caso de la responsabilidad solidaria, se puede formular reclamación de deuda contra todos y cada uno de los responsables solidarios, lo que lleva consigo también que el procedimiento recaudatorio seguido frente a uno de esos responsables no suspende ni impide el que pueda realizarse contra otro u otros de tales responsables.

Si se han presentado los documentos de cotización en plazo sin efectuar el pago o se hubiere efectuado reclamación de deuda o acta de liquidación contra el deudor principal, para exigir la deuda al responsable solidario se precisa reclamación de deuda por derivación o, en su caso a través de acta de liquidación expedida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS)¹⁹, teniendo en cuenta que el procedimiento recaudatorio seguido contra un responsable solidario no suspende ni impide que pueda seguirse contra otro, hasta la total extinción del crédito. *A sensu contrario*, la suspensión o terminación del procedimiento recaudatorio seguido contra un responsable solidario, suspende o pone fin al procedimiento que se siga contra cada uno de ellos, a no ser que se produzcan con motivo de impugnaciones o revisiones fundadas en causas que sólo concurren en alguno de los mismos.

b) La exigencia de la responsabilidad subsidiaria²⁰ requiere que el responsable principal no haya cumplido sus obligaciones y que, además, la exigencia de pago por su parte haya

(18) Vid. GALA DURÁN, C.: *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas y cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi Editorial, 1997.

(19) Salvo que la responsabilidad solidaria se halle limitada por Ley, la reclamación de deuda por derivación comprende el principal de la deuda, y los recargos e intereses que se hayan devengado al momento de su emisión; desde la reclamación de deuda o del acta de liquidación por derivación, son exigibles a todos los responsables solidarios el principal, los recargos e intereses que deban exigirse a dicho primer responsable, y todas las costas que se generen para el cobro de la deuda.

(20) SERRANO DE TRIANA, A.: "La responsabilidad subsidiaria por deudas sociales, en particular el artículo 127 de la Ley General de la Seguridad Social", *AL*, núm. 39, noviembre, 1998.

resultado fallida, ya que, únicamente a partir de la insolvencia del deudor principal, puede repetirse contra el responsable subsidiario. Por ello, la TGSS, constatada la insolvencia del deudor principal y previamente a la reclamación de deuda por responsabilidad subsidiaria, ha de dirigir comunicación al responsable subsidiario.

c) Respecto de la “responsabilidad” *mortis causa*, se prevé que los herederos del responsable del pago de la deuda a la Seguridad Social, desde la aceptación expresa o tácita de la herencia, responden solidariamente entre sí de su pago con los bienes de la herencia y con su propio patrimonio, salvo que la acepten a beneficio de inventario, en cuyo caso, sólo responden con los bienes de la herencia que les hayan sido adjudicados²¹.

Si antes del fallecimiento, se había procedido al embargo de bienes del fallecido, los trámites de ejecución forzosa continúan con quien ostente la representación o administración de la herencia yacente, o con los sucesores *mortis causa*. Para proceder contra bienes que no hubieran sido embargados antes del fallecimiento, es necesario dirigir reclamación administrativa de deuda por derivación al sucesor *mortis causa*²².

D) Las garantías de pago

La regulación que refleja el RGRSS²³ en este ámbito se desenvuelve en la no admisión como garantías de pago de las deudas para con la Seguridad Social, las que no puedan ejecutarse, en el plazo de los 6 meses siguientes al momento en que se origine la causa para su ejecución. Además, las garantías sólo quedan liberadas una vez que se ha abonado el total de la deuda (incluidos los recargos, intereses y costas) o en los casos en que se extinga la obligación del deudor en cuyo favor se hubiera constituido²⁴.

Como *clases de garantías*, se da preferencia al aval solidario formalizado por entidades financieras de depósito o de crédito

**LAS GARANTÍAS DE PAGO
SÓLO QUEDAN LIBERADAS
UNA VEZ QUE SE HA
ABONADO EL TOTAL DE
LA DEUDA (INCLUIDOS
LOS RECARGOS, INTERESES
Y COSTAS) O EN LOS
CASOS EN QUE SE EXTINGA
LA OBLIGACIÓN DEL
DEUDOR EN CUYO FAVOR
SE HUBIERA CONSTITUIDO**

(21) Si se acredita que no existen herederos conocidos o los conocidos renuncian a la herencia o no la aceptan, se sigue el procedimiento recaudatorio contra los bienes de la herencia.

(22) Si el heredero acredita haber hecho uso del derecho a deliberar, se estará al resultado de dicha deliberación, dejándose sin efecto la reclamación que pudiera haberse emitido contra él, si renunciase a la herencia. Vid. artículos 1010 y sigs. CC.

(23) Capítulo VI del Título I (artículos 27 al 30).

(24) El aval han de inscribirse en el Registro Especial de Avaluos.

inscritas en el registro de bancos y banqueros o de cooperativas de crédito legalmente autorizadas para dicha actividad en el territorio español, con renuncia expresa a los beneficios de excusión y división. También se admite el aval genérico en concepto de garantía especial para responder del pago de todas y cada una de las deudas presentes y futuras que se mantengan con la TGSS, si bien la constitución del aval genérico no suspende el procedimiento recaudatorio, aunque determina que se considere al sujeto responsable al corriente respecto de sus obligaciones de pago con la Seguridad Social, mientras que el importe avalado garantice suficientemente la deuda que pudiera generarse.

Ahora bien, si la deuda se declara improcedente por sentencia o resolución administrativa firmes, y se hubiesen presentado previamente garantías, el artículo 30 RGRSS (que desarrolla el artículo 23 LGSS) obliga a la TGSS a reembolsar el coste de dichas garantías y, en su caso, el interés legal de las cantidades depositadas o consignadas desde la fecha del depósito o la consignación, hasta los 30 días siguientes a la notificación al interesado de la resolución o sentencia que declare la improcedencia de la deuda. Si la improcedencia de la deuda es parcial, el reembolso alcanza a la parte correspondiente del coste de las referidas garantías e intereses, en su caso²⁵.

E) Los aplazamientos de pago

El RGRSS procede a la adecuación de la normativa reglamentaria a las modificaciones legales introducidas en la LDE (a través de la modificación del artículo 20 LGSS) en el ámbito de los aplazamientos de pago de las deudas para con la Seguridad Social, en las que han de destacarse los siguientes aspectos²⁶:

– Como novedad frente a la regulación anterior, la duración total del aplazamiento no puede exceder de 5 años; salvo que concurren circunstancias extraordinarias, a valorar por la propia Administración, en cuyo caso el aplazamiento puede tener una duración superior.

– Siguen siendo inaplazables las cuotas por contingencias profesionales y las aportaciones de los trabajadores. Ahora bien, si con anterioridad estas cuotas y aportaciones debían estar ingresadas en el momento de la concesión del aplazamiento, en la nueva regulación²⁷ las cuotas inaplazables han de estar abonadas dentro del mes siguientes a la notificación de la resolución del aplazamiento.

(25) Vid. MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “El reembolso del coste de las garantías en el procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2001.

(26) Vid. MÁRQUEZ PRIETO, A.: “Comentarios al artículo 20” en AAVV (coord. MONEREO PÉREZ, J.L.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Ed. Comares, Granada, 1999 y PÉREZ, M.L.: BANDERAS, J. y CALVO, J.: “Comentarios al artículo 20” en AAVV (coord. ALARCÓN CARACUEL, M.R.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, op. cit.

(27) Artículo 32 RGRSS.

También como novedad, pueden ser objeto de aplazamiento las deudas correspondientes a recargos sobre prestaciones por contingencias profesionales²⁸.

– Si en la normativa anterior la eficacia de la resolución administrativa que concedía el aplazamiento se condicionaba a la presentación de las garantías, a partir de la vigencia de la LDE, la constitución de garantías suficientes no se configura ya como una condición suspensiva en la concesión de los aplazamientos, sino como condición resolutoria. El aplazamiento se considera incumplido si las garantías que establezca la resolución de concesión no se constituyen en el plazo de los 30 días naturales siguientes al de notificación de la misma, salvo que ésta determine un plazo superior, que no puede exceder de 6 meses.

– Se actualizan los supuestos en los que no es necesaria la constitución de garantías para que se pueda conceder un aplazamiento, como son: a) cuando el solicitante sea la Administración General del Estado, una Comunidad Autónoma, una entidad de la Administración Local u Organismos o Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculados o dependientes de cualesquiera de tales Administraciones, siempre que no actúen en el tráfico jurídico bajo forma societaria mercantil; b) en los casos en que el total de la deuda aplazable sea igual o inferior a 30.000 euros, o cuando, siendo la deuda aplazable inferior a 90.000 euros, 1/3 de la misma se ingrese antes de que transcurran 10 días desde la notificación de la concesión y el resto en los 2 años siguientes; c) en los casos de deudas relativas a prestaciones indebidamente percibidas²⁹ que no hubieran sido satisfechas dentro del plazo o plazos reglamentarios, siempre que el sujeto responsable de su reintegro mantenga su condición de pensionista de la Seguridad Social; d) o en los aplazamientos en que, por concurrir causas de carácter extraordinario que así lo aconsejen, el Secretario de Estado de la Seguridad Social autorice expresamente la exención de garantías, previa propuesta favorable del Director General de la TGSS.

– Las cantidades aplazadas devengan intereses, conforme al tipo del interés legal del dinero vigente en cada momento durante la duración del aplazamiento, salvo cuando se haya

(28) Vid. DESDENTADO BONETE, A.: “El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate”. DS, núm. 21, enero/marzo, 2003; FERNÁNDEZ MARCO, L.: “Seguridad e Higiene” en *Comentarios a las leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, T. V., Edersa, Madrid, 1985, págs. 35 y sigs.; GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y sanciones en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Aranzadi, Pamplona, 1997; MONEREO PÉREZ, J. L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario*, Civitas, Madrid, 1992; MOLINA NAVARRETE, C.: “Otra vez a vueltas con el problema de la configuración jurídica del recargo de prestaciones por omisión de las medidas sobre prevención de riesgos: la nueva modernidad de una institución jurídica clásica”, REDT, núm. 79, 1996; SAMPEDRO GUILLAMON, V.: “El recargo de prestaciones. Responsabilidades en los supuestos de contratas”, AS, núm. 10, octubre, 2003 o SEMPERE NAVARRO, A. V.: *El recargo de prestaciones*, Aranzadi, 2001.

(29) El artículo 45 LGSS establece la obligación del que haya percibido indebidamente una prestación de reintegrar su importe; además, quienes, por acción u omisión, hayan contribuido a hacer posible la percepción indebida de una prestación, responden subsidiariamente con los perceptores, salvo buena fe probada, de la obligación de reintegrar su importe. La obligación de reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas prescribe a los 4 años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora. La liquidación de estos recursos se recoge en el artículo 90 LGSS.

Vid. PANIZO ROBLES, J.A.: “El procedimiento especial del reintegro de prestaciones indebidas en el ámbito de la Seguridad Social. (Consideraciones sobre el Real Decreto 1506/2000)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 210, octubre. 2000, págs. 73-95.

eximido de la presentación de garantías, el interés legal del dinero se ve sustituido por el interés de demora.

F) Devolución de ingresos indebidos

El sujeto responsable del pago tiene derecho a la devolución total o parcial del importe de los ingresos que por error hubiese realizado, salvo que fuese deudor a la Seguridad Social o tuviese concedido un aplazamiento o una moratoria, en cuyo caso el importe del ingreso erróneo se aplica a la deuda pendiente de ingreso o de amortización salvo para el caso de deuda exigible garantizada mediante el aval genérico³⁰. Tampoco es objeto de devolución el ingreso realizado maliciosamente, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiese lugar. Aunque el ordenamiento de la Seguridad Social ya preveía que, en caso de devolución de cantidades indebidamente ingresadas, los interesados tenían derecho a los correspondientes intereses, practicados por el tiempo transcurrido desde la fecha de ingreso en la Tesorería hasta la propuesta de pago de la devolución —en paralelo con lo que sucedía en el ámbito tributario³¹— sin embargo, mientras que en este último a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas se aplicaba el tipo de interés de demora, en la legislación de Seguridad Social se establecía el interés legal del dinero³².

La diferencia desaparece con la reforma introducida en el artículo 23.1.1.b) LGSS (en la redacción que incorpora el artículo 4 LDE) ya que, conforme al mismo, forma parte de la cantidad a devolver el interés de demora previsto en el artículo 28.3 LGSS, aplicable a las cantidades indebidamente el ingresadas por el tiempo transcurrido desde la fecha de su ingreso en la TGSS hasta la propuesta de pago³³.

El derecho a la devolución de ingresos indebidos de cuotas prescribe a los 4 años³⁴, a contar desde el día siguiente al ingreso de los mismos³⁵, prescripción que se interrum-

(30) Artículo 44 RGRSS.

(31) Vid. GARCÍA NOVOA, M.: “Devoluciones de ingresos indebidos” en AAVV: *Comentarios a la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes*, Madrid, 1999 y MERINO JARA, A.: “Devoluciones y reembolsos” en AAVV, *Derechos y garantías del contribuyente* (Estudio de la nueva Ley), Valladolid, 1998.

(32) Antes de la entrada en vigor de la LDE, la regulación de la devolución de los ingresos indebidos experimentó una modificación a través del artículo 24.Dos de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Un análisis de la incidencia de la Ley 14/2000 en este ámbito en MARTÍNEZ LUCAS, J.A.: “El nuevo régimen jurídico de la devolución de ingresos indebidamente percibidos por la Administración de la Seguridad Social”, *AL*, núm. 33, 2001 y PANIZO ROBLES, J. A.: “Novedades en materia de Seguridad Social en las Leyes de Presupuestos y de ‘acompañamiento’ en el año 2001”, *Op. cit.*

(33) MADRID YAGUE, P.: “Impugnación de los actos de gestión recaudatoria de la Seguridad Social. Legitimación de la TGSS. Devolución de cuotas indebidamente ingresadas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo (REDT)*, núm. 84, 1997.

(34) Plazo que es de prescripción y no de caducidad; consecuentemente, la inactividad o la inercia del titular del derecho a la devolución provoca, transcurrido un tiempo, la extinción del derecho. La justificación de este plazo de prescripción es el principio de seguridad jurídica (a la que se refiere el artículo 9.3 CE). Al tratarse de un plazo establecido en años resulta de aplicación el artículo 5.1 CC, por lo que ha de computarse de fecha a fecha, entendiéndose que expira el último día del mes, cuando en el mes de vencimiento no hubiese día equiparable al inicial del cómputo.

(35) Conforme al artículo 1969 CC el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones se cuenta, salvo que exista una disposición especial que establezca otra cosa, a partir del día en que puedan ejercitarse.

pirá por las causas previstas en el artículo 1973 CC, al no establecerse precisión alguna en el ordenamiento de la Seguridad Social³⁶. Una vez reconocida la procedencia de la devolución, el derecho a exigir su pago caduca a los 4 años a contar desde la fecha de notificación del acto de reconocimiento.

G) Concurrencia de acreedores

En el marco del procedimiento recaudatorio de la Seguridad Social es posible que surja una pluralidad de acreedores que pretendan hacer valer sus respectivos derechos, a cuya finalidad se establecen unas reglas dirigidas a buscar una solución a esta problemática, teniendo en cuenta la existencia o no de preferencia de unos derechos sobre otros. Estas reglas se recogen en el RGRSS³⁷, del modo siguiente:

– Los créditos por cuotas de la Seguridad Social y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos e intereses que sobre tales créditos procedan gozan de igual preferencia que los créditos a que se refiere el apartado primero del artículo 1924 del Código Civil³⁸; los capitales coste de pensiones y otras prestaciones a cargo de Mutuas y de empresas declaradas responsables³⁹ de su pago, tienen el carácter de créditos privilegiados y gozan del régimen establecido en el artículo 32 ET⁴⁰ y los demás créditos de Seguridad Social gozan del mismo orden de preferencia establecido en el apartado segundo, párrafo e), del artículo 1924 del Código Civil⁴¹. A su vez y a los efectos previstos en la Ley Concursal, los créditos de la Seguridad Social contra el concursado tienen la preferencia que corresponda en aplicación de dicha Ley.

**LA IMPUTACIÓN DE
INGRESOS SE REALIZARÁ
EN UN DOBLE ORDEN:
EN PRIMER LUGAR,
LOS COBROS SE
IMPUTARÁN A LA DEUDA
ESPECÍFICAMENTE
REALIZADA; Y,
A CONTINUACIÓN,
AL RESTO DE LAS DEUDAS
CONTRAÍDAS POR
EL DEUDOR**

(36) Es decir, que el plazo de prescripción se interrumpe por actos o hechos del interesado consistentes en la reclamación extrajudicial o el ejercicio de acciones ante los Tribunales o, de otra parte, actos de la Administración de la Seguridad Social.

(37) Artículos 48 y siguientes RGRSS.

(38) Vid. artículo 22 LGSS. Sobre la preferencia de los créditos concurrentes, vid. CASCAJERO SÁNCHEZ, M.C. y MUÑOZ ALVAREZ, G.: “Procedimiento de apremio de la Seguridad Social”, *La Ley*, 1994.1. núm. 1036, DESDENTADO BONETE, A.: “Los privilegios de los créditos de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 2000 y MÍNGUEZ BENAVENTE, J.R.: “La preferencia de los créditos de la Seguridad Social” en AAVV *Análisis de diversas cuestiones sobre los Pactos de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997.

(39) Artículo 201 LGSS.

(40) Artículo 121. 2 LGSS.

(41) Artículo 22 LGSS.

– En el caso de que exista un conflicto de procedimientos y concurrencia de embargos⁴² entre el procedimiento de apremio de la Seguridad Social y otros procedimientos ejecutivos singulares, administrativos o judiciales, la preferencia para continuar la tramitación se determina por la prioridad temporal en el embargo de dicho bien; si no es posible determinar la prioridad por aplicación de dicho criterio, se aplica el de la fecha de la providencia de apremio que iniciara antes el procedimiento de apremio.

Si al llevar a cabo el embargo de bienes, éstos ya están embargados en otro procedimiento ejecutivo, judicial o administrativo, la TGSS puede llevar a cabo la realización forzosa de los bienes embargados cuando los derechos de los embargantes anteriores no sean perjudicados por dicha realización, sin perjuicio de que se formulen las tercerías y las acciones que se consideren más convenientes en defensa de los intereses de la Seguridad Social.

– Respecto de los procedimientos de ejecución universal y el concurso de acreedores⁴³, si el responsable de la deuda con la Seguridad Social fuera declarado en concurso, la TGSS se puede personar en el procedimiento y comunicar a la administración concursal los créditos de que sea titular mediante la correspondiente certificación administrativa⁴⁴. A tal efecto, la TGSS está facultada para suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal, sometiendo su crédito a condiciones que no podrán ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de acreedores.

H) Imputación de ingresos

Cuando en el procedimiento recaudatorio no se logra el pago de la totalidad de la deuda, sino únicamente de una parte, surge la problemática de determinar la forma en que las cantidades entregadas o el importe de los bienes realizados se aplican a la satisfacción de la deuda.

La LDE (mediante la modificación del artículo 29 LGSS) regula la forma de imputación de pagos, que es complementada a través del artículo 52 RGRSS, al establecer un doble orden de imputación: en primer lugar, los cobros se imputan a la deuda específicamente reali-

(42) De conformidad con el artículo 49 RGRSS, cuyo contenido se corresponde parcialmente con los artículos 108 del anterior Reglamento y 108 OMR, sobre concurrencia de procedimientos, así como con los artículos 122 del anterior Reglamento y 114 de su Orden, sobre concurrencia de embargos.

(43) El artículo 50 RGRSS se corresponde con el contenido del artículo 184.3 del anterior Reglamento, con las modificaciones necesarias de acuerdo a las alteraciones en el procedimiento recaudatorio producidas por la LDE.

(44) Si no se hubiese dictado providencia de apremio cuando se declare el concurso, se sigue el procedimiento recaudatorio hasta la notificación de dicha providencia, suspendiéndose cualquier actuación ejecutiva posterior a resultados de lo que se acuerde en el procedimiento concursal; por el contrario, si ya se ha dictado providencia de apremio antes de la declaración del concurso, se sigue el procedimiento recaudatorio hasta el cobro forzoso de la deuda, suspendiendo, a resultados de lo que se acuerde en el procedimiento concursal, la enajenación de aquellos bienes que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

zada; a continuación, al resto de las deudas contraídas por el deudor. Tanto en uno como en otro caso, el cobro se aplica primero a las costas y, luego, a los títulos más antiguos, distribuyendo el pago proporcionalmente entre los diferentes componentes de esa deuda (el principal, los recargos si los hubiere e intereses).

En todo caso, estas previsiones han de aplicarse, sin perjuicio de las especialidades previstas en el ordenamiento jurídico para el deudor incurso en procedimiento concursal⁴⁵.

2. ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL PROCEDIMIENTO EN PERÍODO VOLUNTARIO

La Subsección 2ª, Capítulo III, Título I de la LGSS regula la recaudación de los recursos de la Seguridad Social en período voluntario, es decir, los supuestos en que se ingresa de forma voluntaria las deudas para con la Seguridad Social, dentro de un período que se inicia, según los diferentes casos, cuando comienza el plazo reglamentario de ingreso para la presentación de los documentos de cotización o las correspondientes autoliquidaciones; a partir del día siguiente a la notificación de la correspondiente reclamación de deuda, o en la fecha en que inicie el plazo reglamentario de ingreso, cuando se refiera a cobro por recibo. En cualquier caso, el período de recaudación voluntaria está delimitada por dos momentos: el inicio del plazo reglamentario y el inicio del procedimiento de apremio.

A) La presentación de los documentos de cotización

La presentación, dentro del plazo reglamentario de ingreso, de los documentos de cotización es obligatoria aun cuando los sujetos responsables de pago no ingresen las cuotas correspondientes. A tales efectos, se consideran presentados dentro del plazo reglamentario los documentos de cotización transmitidos en plazo reglamentario por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, así como los documentos de cotización correspondientes a trabajadores del RETA y del REH, los relativos a las cuotas fijas de convenios especiales, del REASS y del REM y que correspondan a períodos posteriores a la presentación del alta en los supuestos en que ésta proceda.

El RGRSS efectúa la precisión de que la falta de recepción de los documentos de cotización, cuando éstos sean expedidos por la TGSS no liberará al sujeto responsable de la obligación de pagar dentro de plazo reglamentario.

B) Las reclamaciones de deudas

Si no se efectúa el pago de la deuda en el plazo reglamentario de ingreso, la TGSS ha de proceder a expedir las reclamaciones de deudas⁴⁶, a través de la cual se procede a notificar

(45) Vid. PÉREZ PÉREZ, M.: "La gestión recaudatoria de la Seguridad Social a la luz de la reforma del régimen concursal de las empresas", TL 66/2002.

(46) La reclamación de deuda era una figura desconocida en la LGSS (1974) que únicamente hacía referencia a las certificaciones de descubierto y a las actas de liquidación, constituyendo ambas los títulos ejecutivos para la iniciación del procedimiento de apremio.

al deudor la existencia de tales deudas y a exigir su cumplimiento.

La expedición de la correspondiente reclamación de deuda, procede en los siguientes casos: a) falta de cotización respecto de trabajadores dados de alta, cuando no se hayan presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario o cuando, habiéndose presentado, contengan errores aritméticos o de cálculo que resulten directamente de tales documentos⁴⁷; b) falta de cotización respecto de trabajadores dados de alta que no figuren en los documentos de cotización presentados en plazo reglamentario, ya que, en relación con tales trabajadores, se considera que no han sido presentados tales documentos⁴⁸; c) diferencias de cuantías entre las cuotas ingresadas y las que corresponda liquidar, cuando aquéllas sean debidas a errores aritméticos o de cálculo que resulten directamente de los documentos de cotización presentados⁴⁹ o d) deudas por cuotas cuya liquidación no corresponda a la ITSS⁵⁰.

De igual modo, procede también la reclamación de deuda a los responsables solidarios, en cuyo caso la reclamación comprende el principal de la deuda a que se extienda la responsabilidad solidaria, los recargos, intereses y costas devengados hasta el momento en que se emita dicha reclamación; al responsable subsidiario, por no haber ingresado éste el principal adeudado por el deudor inicial en el plazo reglamentario señalado en la comunicación que, en este caso, se libre a tal efecto o, a quien haya asumido la responsabilidad por causa de la muerte del deudor originario, en cuyo caso, la reclamación comprenderá el principal de la deuda, los recargos, intereses y costas devengados hasta que se emita.

Las reclamaciones que hayan sido notificadas entre los días 1 y 15 de cada mes, han de hacerse efectivas desde la fecha de la notificación hasta el día 5 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior, mientras que las notificadas entre los días 16 y el último de cada mes, desde la fecha de notificación hasta el día 20 del mes siguiente o el inmediato hábil posterior⁵¹. En el caso de deudas con la Seguridad Social por recursos distintos a cuotas, la consiguiente reclamación de deuda habrá de indicar el importe de la misma, así como los plazos reglamentarios de ingreso.

La interposición de recurso de alzada contra las reclamaciones de deuda no suspende el

(47) Cuando la falta de cotización, respecto de trabajadores dados de alta, se haya comprobado por la ITSS, la deuda se ha de notificar a la TGSS con la propuesta de liquidación que proceda. En los casos en que se hayan presentado documentos de cotización y de los mismos no se aprecie la existencia de errores aritméticos o de cálculo, no procede la reclamación de deuda, sino la expedición directa de la providencia de apremio.

(48) En el caso de que no existan tales errores, procede expedir directamente la providencia de apremio. Vid. LUJAN ALCARAZ, J.: "La reforma del Reglamento General de Recaudación por el RD 2032/1998, de 25 de septiembre", *Aranzadi Social*, núm. 14, 1998.

(49) Artículo 80.c) RGRSS.

(50) Por ejemplo, los supuestos de reclamaciones por compensación o deducción.

(51) Los plazos de ingreso, en el ámbito de la recaudación de los recursos de la Seguridad Social, son coincidentes con los establecidos en el ámbito tributario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 LGT.

procedimiento recaudatorio, salvo que se garantice la deuda con aval suficiente o se consigne el importe de la misma, incluido, en su caso, el recargo en que se hubiere incurrido; si, frente al recurso planteado, se dicta resolución desestimatoria del mismo, la deuda ha de efectuarse en el plazo de los 15 días siguientes a su notificación, transcurrido el cual sin pago de la deuda, se inicia el procedimiento de apremio mediante la expedición de la providencia de apremio⁵².

C) Las actas de liquidación

El artículo 5. Siete LDE (a través de la nueva redacción del artículo 31 LGSS) prevé las actas de liquidación de cuotas⁵³, incorporando ligeras adaptaciones técnicas, que son desarrolladas por el artículo 65 RGRSS.

Conforme a la nueva regulación *procede la expedición* de actas de liquidación en los supuestos de falta de afiliación o de alta de trabajadores, cualquiera que sea su régimen de encuadramiento; diferencias de cotización por trabajadores dados de alta, cuando dichas diferencias no resulten directamente de los documentos de cotización presentados dentro o fuera del plazo reglamentario⁵⁴; en los casos de derivación de la responsabilidad del sujeto obligado al pago, teniendo en cuenta que, si se trata de responsabilidad solidaria, la ITSS puede extender acta a todos los sujetos responsables o a alguno de ellos, en cuyo caso el acta de liquidación comprenderá el principal de la deuda a que se extienda la responsabilidad solidaria, los recargos, intereses y costas devengadas hasta la fecha en que se extienda el acta; o por aplicación indebida de las bonificaciones en las cotizaciones de la Seguridad Social, previstas reglamentariamente para la financiación de las acciones formativas del subsistema de formación profesional continua⁵⁵.

EL RGSS EFECTÚA LA PRECISIÓN DE QUE LA FALTA DE RECEPCIÓN DE LOS DOCUMENTOS DE COTIZACIÓN, CUANDO ÉSTOS SEAN EXPEDIDOS POR LA TGSS, NO LIBERARÁ AL SUJETO RESPONSABLE DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR DENTRO DEL PLAZO REGLAMENTARIO

(52) O, en su caso, el procedimiento de deducción, según proceda. Vid. artículos 184 y sigs. RGRSS.

(53) El procedimiento para la expedición de las actas se contiene en el Reglamento General para la imposición de sanciones y de los procedimientos liquidatorios, aprobado por RD 928/1998, de 14 de mayo.

Vid. GÓMEZ OREA, M.: "Sanciones del orden social y actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social", TL, núm. 42, 1997; GARCÍA RUBIOS, M.A.: *La inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Valencia, 1999; LAIN DOMÍNGUEZ, A.: "La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: actuaciones en materia de Seguridad Social" en AAVV: *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Pamplona, 1999; MERCADER UGUINA, J.: "La Ley ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (Consideraciones en torno a la Ley 42/1997, de 14 de noviembre)" RL, 1998-1-; MARTÍNEZ MODULAR, L. y VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M.P.: *Cómo es y cómo actúa la Inspección de Trabajo*, Bilbao, 1998 y VÁZQUEZ MATEO, F.: "Reflexiones en torno a la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, de Ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", *La Ley*, enero, 1998.

(54) En caso contrario, procedería la expedición de reclamación de deudas.

(55) Apartado incorporado por el artículo 25.Uno LMFAOS (2004).

En todo caso y aunque exista el supuesto de expedición de acta de liquidación, la ITSS puede requerir a los sujetos obligados al pago de cuotas adeudadas por cualquier causa, previo reconocimiento de la deuda por aquéllos. En estos casos, el abono de la deuda por cuotas contenida en el requerimiento ha de hacerse efectivo hasta el último día del mes siguiente al de su notificación⁵⁶, ya que, en caso contrario, la ITSS procede a extender acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas.

Los importes de las deudas contenidos en las actas de liquidación han de hacerse efectivos hasta el último día del mes siguiente al de su notificación una vez dictado el correspondiente acto administrativo definitivo de liquidación⁵⁷. En el supuesto de que no se haga efectivo el importe figurado en el acta, se inicia el procedimiento de deducción o el procedimiento de apremio, según corresponda.

Si existen actas de liquidación (por deudas) y actas de infracción (como consecuencia de haberse cometido infracciones sociales) que se refieran a los mismos hechos, ambas han de practicarse simultáneamente por la ITSS. Las sanciones por infracciones propuestas en dichas actas de infracción se reducen automáticamente al 50 por ciento de su cuantía, si el infractor diese su conformidad a la liquidación practicada ingresando su importe en el plazo establecido⁵⁸.

3. NOVEDADES EN LA FASE EJECUTIVA DEL PROCEDIMIENTO RECAUDATORIO

A) La providencia de apremio

Una vez que ha finalizado el plazo reglamentario de ingreso (o, en su caso, una vez adquieran firmeza en vía administrativa la reclamación de deuda o el acta de liquidación) sin que se haya satisfecho la deuda, se inicia el procedimiento de apremio, a través de la emisión de providencia de apremio, que se constituye como título ejecutivo para el inicio del procedimiento, de tal forma que su omisión determina la improcedencia de la vía de apremio; es decir, que la providencia de apremio constituye un trámite preceptivo para

(56) De la regulación legal se deduce que la ITSS realiza sus competencias en materia de exigencia de las obligaciones de ingreso de cotizaciones y otros recursos de la Seguridad Social, por tres vías: por medio de las propuestas de liquidación —en los supuestos previstos en el artículo 30.1.a) LGSS—; a través de las actas de liquidación y por los requerimientos.

(57) Artículo 66 RGRSS. No obstante, el artículo 33 RD 928/1998 establece 3 momentos en los que puede hacerse efectivo el pago de la deuda contenida en el acta de liquidación, como son antes del vencimiento del período de formular alegaciones (es decir, dentro de los 15 días contados a partir de la notificación del acta de liquidación); el plazo general (hasta el último día del mes siguiente a la notificación del acto administrativo definitivo de la liquidación); además, si se formula recurso de alzada, el plazo para el pago de la deuda será de los 15 días contados a partir de la notificación de la resolución de aquélla.

(58) En el ámbito tributario, vid. artículo 188 de la nueva LGT.

(59) Por ello, la providencia de apremio constituye un presupuesto del procedimiento ejecutivo.

el inicio de la vía ejecutiva, cuya ausencia determina la nulidad de la misma⁵⁹. La propia naturaleza de la providencia de apremio hace que se dote a aquélla de la misma fuerza ejecutiva que las sentencia judiciales para proceder contra los bienes y derechos de los responsables del pago de las deudas⁶⁰.

La providencia de apremio se expide por los órganos competentes de la TGSS, notificándola al deudor, requiriéndole para que proceda al pago de la deuda en el plazo de los 15 días siguientes a su recepción. Con carácter general, sólo puede expedirse la providencia de apremio, cuando haya transcurrido, sin pago de la deuda, el plazo fijado en la reclamación de deuda o el acta de liquidación y éstas hayan adquirido firmeza en vía administrativa. No obstante, puede dictarse directamente providencia de apremio en los casos de falta de ingreso de la totalidad o de alguna de las aportaciones que integran la cuota, respecto de trabajadores dados de alta e incluidos en documentos de cotización presentados en plazo reglamentario, cuando la deuda estuviese correctamente liquidada, o de falta de ingreso de las cuotas relativas a trabajadores en alta en los que sean responsables del ingreso de las cuotas⁶¹.

Contra la providencia de apremio cabe recurso de alzada⁶², admisible solamente por los motivos del pago de la deuda⁶³; prescripción de la misma, error material o aritmético en la determinación de la deuda⁶⁴, condonación, aplazamiento de la deuda o suspensión del procedimiento (circunstancias que han de acreditarse a través de la aportación de la resolución que acude las mismas) y falta de notificación de la reclamación de deuda, del acta de liquidación o de las resoluciones que las mismas o las autoliquidaciones de cuotas originen.

La interposición del recurso de alzada suspende el procedimiento de apremio, sin necesidad de la presentación de la garantía, hasta la resolución de la impugnación. Esta suspensión se produce *ope legis*, por lo que la TGSS ha de proceder a efectuar de oficio esta suspensión, es decir, ha de proceder a dejar temporalmente sin efecto el título ejecutivo, suspensión que no precisa de presentación de garantías adicionales. Por el contrario, cuando contra la providencia de apremio se presente recurso de alzada, basado en motivos

(60) Vid. ANDINO AXPE, L.F.: "Apremio de la Tesorería General de la Seguridad Social y ejecución social. Relaciones. Concurrencia y preferencias crediticias", *AL*, núm. 45, diciembre 2003 o MÍNGUEZ BENAVENTE, J.R.: *Guía práctica sobre la recaudación ejecutiva de la Seguridad Social*, Bilbao, 1995

(61) Como es el caso del Régimen de Autónomos, Régimen de Empleados de Hogar, cuotas fijas del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, cuotas por convenios especiales y cualquier otra cuota fija que pudiera establecerse

(62) Antes de la LDE, se diferenciaba entre motivos de oposición a la providencia de apremio (que daban lugar a la suspensión del procedimiento) y la posibilidad de establecer recurso de alzada (cuyo planteamiento no suspendía el procedimiento, salvo que se presentasen las oportunas garantías). La LDE unifica ambos recursos, hablando únicamente de recurso de alzada.

(63) Para que el pago tenga efectos liberatorios de la deuda ha de comprender la totalidad de la deuda, con independencia de quién haya realizado el pago y de las acciones de repetición que, en su caso, puedan llevarse a cabo contra el deudor; además, a efectos de su acreditación deberá presentar el oportuno justificante.

(64) Ello obedece a la posibilidad de que en el título ejecutivo y en la providencia de apremio exista un error que afecte tanto a la identidad del responsable de pago, como a cualquier otra circunstancia.

diferentes a los expuestos, el procedimiento de apremio no se suspende si no se realiza el pago de la deuda perseguida, se garantiza con aval suficiente o se consigna su importe, incluidos el recargo, los intereses devengados y un 3 por ciento del principal como cantidad a cuenta de las costas reglamentariamente establecidas, a disposición de la TGSS.

B) El embargo de bienes

El embargo de los bienes del deudor es la base de todo el procedimiento⁶⁵, que se desenvuelve mediante la expedición de la providencia de embargo⁶⁶, mediante la que se declara la traba o el apoderamiento de los bienes y los derechos del deudor en cantidad suficiente para que cubra el importe global de la deuda.

El artículo 91 RGRSS prevé un triple orden de prelación en el embargo de los bienes para la satisfacción de la deuda, como son el menor perjuicio para el deudor (en base al denominado principio *favor debitoris*), la mayor facilidad de realización de tales bienes (*principio de economía procesal*)⁶⁷ y, en caso de que resulte imposible la aplicación de los criterios anteriores, el embargo ha de respetar el orden establecido en el artículo 592, apartados 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁸. No obstante, el orden de los bienes a embargar se puede modificar a solicitud expresa del deudor, que se ha de consignar en *diligencia de embargo*, si bien esta alteración queda condicionada a que, a juicio del Recaudador Ejecutivo, los bienes que se señalan garanticen el cobro de la deuda con la misma eficacia y celeridad que los bienes a trabar con carácter preferente, siempre que no se irrogue o pueda presumiblemente causarse perjuicio a tercera persona con la adopción de dicha medida y sin que en ningún caso pueda posponerse el embargo de dinero efectivo o en cuentas abiertas en Entidades de depósito.

(65) El embargo o apoderamiento de bienes suficientes del patrimonio del deudor pasa a ser la clave del proceso de ejecución. Vid. ALONSO OLEA, M. y MIÑAMBRES PUIG, C.: *Derecho Procesal de Trabajo*, Madrid, 1999.

(66) La providencia de embargo se ha calificado como acto de trámite interno de la propia Administración recaudatoria, cuya expedición permite el impulso de oficio del procedimiento de apremio y la obtención de la correspondiente información.

(67) Vid. MONTERO AROCA, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1.428.

(68) El orden de embargo previsto en la LEC es el siguiente; 1) dinero o cuentas corrientes; 2) valores admitidos a cotización en mercados secundarios oficiales de valores y créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo; 3) joyas y objetos de arte; 4) rentas en dinero; 5) intereses, rentas y frutos en especie; 6) bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial; 7) bienes inmuebles; 8) sueldos, salarios, pensiones y otros ingresos; 9) créditos y derechos no realizables en el acto, y 10) empresas.

Al igual que ya contenía la anterior LGT, el artículo 169 de la nueva LGT no sigue el orden de embargo previsto en la ley civil, sino que establece un orden de embargo específico, de modo que estableciendo la aplicación, en primer lugar, de los criterios de mayor facilidad en la enajenación de los bienes y la menor onerosidad para el obligado, si los mismos no fueran posibles, se habrá de seguir el siguiente orden: 1) dinero en efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito; 2) créditos efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo; 3) sueldos, salarios y pensiones; 4) bienes inmuebles; 5) intereses, rentas y frutos de toda especie; 6) establecimientos mercantiles o industriales; 7) metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades; 8) bienes muebles y semovientes, y 9) créditos, efectos, valores y derechos realizables a largo plazo.

C) Normas especiales de los embargos según su objeto

EL RGRSS, a través de sus artículos 96 a 106, establece normas específicas para determinados embargos, en función de las características de los bienes a embargar, teniendo en cuenta, a su vez, las previsiones contenidas en la materia en la LEC.

– Respecto al dinero en efectivo o en cuenta corriente, los mismos constituyen el primer grupo de bienes a embargar, con la característica de que no necesita actuaciones de enajenación, posteriores a su traba. En estos casos, se ha de proceder a su ingreso inmediato en la cuenta determinada al efecto por la TGSS; si el dinero efectivo embargado es el de cajas, taquillas o similares de empresas o establecimientos en funcionamiento, el Recaudador Ejecutivo de la Seguridad Social, puede acordar, con cargo a dicho efectivo, los pagos que sean necesarios para evitar la paralización de las actividades⁶⁹.

– Respecto a los títulos, valores y otros activos financieros, si los mismos están depositados o anotados en una entidad de depósito o entidad especializada en la gestión de valores, o si se trata de valores representados mediante anotación en cuentas, cuotas de participación u otros procedimientos similares⁷⁰, el embargo se efectúa mediante la comunicación de la diligencia de embargo a la entidad donde se encuentren anotados o depositados.

Si los títulos, valores u otros activos no están depositados o anotados, la diligencia de embargo ha de presentarse al propietario o, en su caso, al depositario. Éste los ha de entregar al Recaudador Ejecutivo juntamente con la póliza de compra o título de adquisición.

– En el embargo de créditos y derechos⁷¹ sin garantía, el embargo ha de notificarse a la persona o entidad deudora del apremiado, apercibiéndole de que, a partir de la fecha de la notificación, el pago efectuado a su deudor no tiene carácter liberatorio. Si el crédito o derecho consiste en pagos sucesivos, se ha de ordenar al pagador ingresar en la cuenta deter-

**EL ART. 91 RGSS PREVE
UN TRIPLE ORDEN
DE PRELACIÓN EN EL
EMBARGO DE LOS BIENES
PARA SATISFACCIÓN DE LA
DEUDA: MENOR PERJUICIO
PARA EL DEUDOR,
MAYOR FACILIDAD DE
REALIZACIÓN DE TALES
BIENES Y, EN SU CASO,
RESPECTO AL ORDEN
ESTABLECIDO EN
EL ART. 592 LEC**

(69) Si bien se requiere autorización del Director Provincial de la TGSS.

(70) Artículo 98 RGRSS

(71) Artículo 97 RGRSS.

minada al efecto por la TGSS su importe hasta el límite de la cantidad adeudada, en tanto no resulte solventado por la realización de otros bienes sin esperar a posibles devengos sucesivos.

En cualquier caso, el Recaudador Ejecutivo ha de decretar la retención de los pagos que la TGSS deba, en su caso, efectuar al apremiado, notificando a éste que, llegada la fecha del vencimiento de pago, el importe de tales pagos se aplica conforme a las reglas generales de compensación; una vez que se haya efectuado la misma, se extinguen los respectivos créditos por el importe aplicado.

– Respecto al embargo de otros derechos⁷², si se trata de participaciones en sociedades civiles, colectivas, comanditarias, en sociedades de responsabilidad limitada o acciones que no coticen en mercados secundarios oficiales, el embargo ha de comunicarse a los administradores de la sociedad, que deben poner en conocimiento de la URE la existencia de pactos de limitación a la libre transmisión de acciones o cualquier otra causa estatutaria o contractual que afecte a las acciones embargadas.

– La diligencia de embargo de sueldos, salarios y pensiones u otras prestaciones se ha de notificar al deudor y al pagador, estando obligado éste a retener e ingresar periódicamente las cantidades retenidas, si bien teniendo en cuenta las limitaciones establecidas para el embargo de esta categoría de bienes. Si el deudor es beneficiario de más de una de dichas prestaciones, a efectos de deducir la parte inembargable, se acumulan todas ellas, y la cantidad embargada podrá detraerse de la percepción o percepciones que fije la URE. Si el deudor propone expresamente otra, ha de ser aceptada si ello no supone obstáculo para el cobro⁷³.

– Como regla general⁷⁴ el embargo de bienes muebles y semovientes se ha de practicar en el domicilio del deudor o, en su caso, en el lugar donde se encuentren los bienes, extendiéndose la correspondiente diligencia. No obstante, cuando para la práctica del embargo sea necesario el acceso a cualquier lugar en que se precise el consentimiento de su titular, si el mismo no lo presta, la TGSS ha de solicitar del Juzgado competente autorización para la entrada en el mismo, con la precisión de que la solicitud ha de ser individualizada o de forma conjunta para varios deudores. En el caso de que el Juez deniegue la autorización

(72) Artículos 99 a 101 RGRSS.

(73) No obstante, el embargo de salarios, jornales, sueldos o retribuciones se ha de sujetar a las prescripciones de los artículos 27 LET y 607 LEC; en lo que respecta a las pensiones, han de tenerse en cuenta las previsiones del artículo 40 LGSS (así como la doctrina contenida en las sentencias del TC, entre otras las 140/1989 y 158/1993). Vid. VALDES DAL-RÉ, F.: “Inembargabilidad y embargabilidad de las pensiones”, *Relaciones Laborales*, núms. 17 y 18, 1989.

(74) Artículo 102 RGRSS.

----- **Novedades del Reglamento General de Recaudación** -----

o transcurrieren 3 meses sin haberse pronunciado, el Director Provincial de la TGSS ha de promover las actuaciones que procedan para lograr la práctica del embargo⁷⁵.

– Por último, en lo que respecta al embargo de bienes inmuebles destaca la importancia de la anotación preventiva del embargo en el Registro Público como medida más eficaz en orden al aseguramiento de los mismos⁷⁶. El embargo de bienes inmuebles⁷⁷ se ha de notificar al deudor, a su cónyuge, a los terceros poseedores, a los acreedores hipotecarios y a los que se hayan anotado con anterioridad, requiriéndose al deudor la entrega de los títulos de propiedad a efectos de la valoración, y, en su caso, inmatriculación o inscripción de la finca embargada. Los mandamientos⁷⁸ que, para obtener la anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles expidan los Recaudadores Ejecutivos de la TGSS, tienen a todos los efectos la misma virtualidad que si emanasen de la autoridad judicial.

(75) Además de las señaladas, existen reglas específicas, en función de la naturaleza de los bienes, como son:

– Si el embargo afecta a bienes comprendidos en los artículos 12, 52, 53 y 54 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, el Recaudador Ejecutivo ha de expedir mandamiento de embargo para su anotación preventiva en el Registro de la localidad correspondiente. Hay que tener en cuenta que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, establece en su artículo 12 que únicamente podrán ser hipotecados los establecimientos mercantiles; los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril de propiedad particular; las aeronaves; la maquinaria industrial; la propiedad intelectual y la industrial, sin que pueda hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria, ni los bienes comprendidos en los artículos 52, 53 y 54 de dicha Ley.

– Si se trata de automóviles, camiones, motocicletas, embarcaciones, aeronaves u otros vehículos, y no es posible trabar el bien, ha de requerirse al apremiado para que lo ponga a disposición dentro de los 5 días siguientes con su documentación y llaves necesarias para su apertura, funcionamiento y, en su caso, custodia.

– En los casos de embargo de una embarcación, se ha de proceder a su anotación en el Registro de Matrícula de Buques de la provincia marítima correspondiente como en el Libro de Buques del Registro Mercantil, procediendo a comunicar a la autoridad marítima competente que el empresario correspondiente no se halla al corriente en la cotización a la Seguridad Social, de modo que no se autorice el despacho del buque o embarcación para su salida a la mar. Conforme al artículo 102 RGRSS, a efectos del embargo los buques mercantes tienen la consideración de bienes inmuebles.

El artículo 16.5 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles establece que el acreedor, para el cobro de los créditos originados por los contratos otorgados en escritura pública o en póliza intervenida por Corredor de comercio (hoy notario) colegiado, así como en virtud de contratos formalizados en el modelo oficial establecido al efecto e inscritos en el Registro de Ventas a Plazo de Bienes Muebles, gozan de la preferencia establecida en los artículos 1922.2º y 1925.1 del CC.

– Por último, si se trata de embargo de bienes adquiridos por el sistema de ventas a plazo, se produce el sobreseimiento del procedimiento de apremio en o que se refiere al bien inscrito en el Registro de Bienes Muebles, cuando por certificación del Registrador consten inscritos derechos en favor de personas distintas del deudor.

(76) Artículos 629 LEC, 42 y 43 LH y 140 y 141 RH.

(77) Como regla general, ha de practicarse en la correspondiente diligencia de embargo, en la que –conforme al artículo 103 RGRSS– se ha de incluir el nombre y apellidos, razón social o denominación del titular del derecho sobre la finca embargada o cuantos datos puedan contribuir a su identificación; si se trata de fincas rústicas, naturaleza y nombre de dicha finca, lugar, según se denomine en la localidad, y término municipal donde radique; polígono y parcela catastrales; linderos y superficie; en el caso de fincas urbanas, localidad, calle y número, u otros datos que permitan su identificación, locales y pisos de que se compone y su superficie; los derechos del deudor sobre los inmuebles embargados; el período, concepto a que corresponde el débito e importe total de la responsabilidad a que se afecta el inmueble por principal, recargo, intereses, en su caso, y costas y la advertencia de que del embargo se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad a favor de la TGSS.

(78) El mandamiento para la anotación preventiva de embargo de bienes inmuebles debe contener el nombre y apellidos del Recaudador Ejecutivo o funcionario de la URE que practica el embargo; la transcripción literal de la diligencia de embargo del inmueble o inmuebles de que se trate, indicando a quiénes y en qué concepto se notificó el embargo; el nombre y apellidos o razón social del deudor y expresión del derecho que tenga sobre los bienes embargados; período, concepto a que corresponda el débito e importe de la responsabilidad a que se afecta el inmueble por principal, recargos, intereses y costas; fecha en que se expide el mandamiento de anotación de embargo y expresión de que la anotación habrá de hacerse a favor de la TGSS.

Al tiempo de expedir el mandamiento para anotación preventiva, el Recaudador ha de solicitar del Registrador de la Propiedad que se libre certificación acreditativa de las cargas que en el Registro figuren sobre cada finca, con expresión detallada de las mismas y de sus titulares, incluyendo en la certificación al propietario de la finca en ese momento y su domicilio. La URE ha de comunicar inmediatamente el embargo a quienes ostentando algún derecho sobre la finca embargada no hayan sido objeto de notificación con anterioridad⁷⁹.

D) La enajenación de los bienes embargados

El embargo de los bienes y derechos no tiene otra finalidad que la de proceder a su enajenación para que, con el producto obtenido, se pueda saldar la deuda que el embargado mantenía con la Seguridad Social, aunque si, por diferentes razones, el bien puede no ser enajenado, procediendo su adjudicación a la TGSS. Por ello, la primera actuación consiste en la valoración de los bienes, la cual ha de llevarse a cabo conforme a los precios ordinarios de mercado y con criterios de prudencia, procediendo la URE a notificar la valoración al deudor, el cual, en caso de discrepancia, puede presentar valoración contradictoria en el plazo de 15 días, ampliable en función de las circunstancias; en el caso en que entre ambas valoraciones exista una diferencia no superior al 20 por ciento de la menor, se estima como valor de los bienes el de la tasación más alta; en caso contrario, se ha de solicitar de los Colegios o asociaciones profesionales o mercantiles correspondientes, la designación de otro perito tasador, que deberá realizar nueva valoración en plazo no superior a 15 días desde su designación⁸⁰.

Una vez valorado el bien o el derecho, la situación ordinaria conduce a que se proceda a su venta a un tercero, aplicando el resultado de la enajenación a saldar la deuda con la Seguridad Social y poniendo el remanente –caso de existir– a disposición del deudor. Por ello, una vez que se haya concluido el expediente de apremio, ha de procederse a su enajenación. En tal sentido, el RGRSS contempla como formas ordinarias de enajenación de los bienes embargados, la subasta y el concurso y las normas para el concurso. La subasta se configura como procedimiento normal u ordinario, y el concurso, como procedimiento especial o restringido, en función de circunstancias y bienes concretos (el concurso se prevé para los bienes muebles o semovientes) suprimiéndose la modalidad de venta por gestión directa⁸¹.

(79) A su vez, el Registrador ha de hacer constar en el ejemplar del mandamiento, que devuelva a la TGSS, que el embargo ha sido anotado, la fecha de la anotación y una relación sencilla de los bienes que hayan sido anotados, determinando el tomo, folio y número de la finca, todo ello conforme a los artículos 257 LH y 171 RH.

(80) La valoración por el perito tasador ha de estar comprendida entre los límites de las efectuadas anteriormente y será la definitivamente aplicable. Si el tasador no cumple, dentro del plazo que se le señale, el cometido que haya aceptado, se entiende que renuncia al cargo y, sin perjuicio de la exigencia de responsabilidades en que puede haber incurrido, se procede a la designación del que haya de sustituirle.

(81) La enajenación a través de venta mediante gestión directa se regulaba en los artículos 152 a 153 RGRSS (95) desarrollados por el artículo 120 OMR.

a) La **subasta** consiste en el procedimiento usual u ordinario de enajenación de los bienes para la satisfacción de las deudas de la Seguridad Social⁸². La subasta se ha de anunciar, existiendo varios modos de proceder a su publicación⁸³ y los licitadores han de presentar, hasta el día hábil anterior a la celebración de la subasta, sus posturas en sobre cerrado e independiente para cada bien o lote de bienes. Simultáneamente a la presentación de la oferta el licitador debe constituir depósito mediante cheque certificado, visado o conformado por el librado por importe, en todo caso, del 25 por ciento del tipo establecido para la enajenación del bien de que se trate.

Para la celebración de la subasta, se ha de constituir la *correspondiente Mesa de subasta*⁸⁴, en base a las licitaciones presentadas⁸⁵. La primera licitación tiene como tipo el 75 por ciento del valor del bien; las sucesivas posturas han de guardar una diferencia entre ellas de, al menos, el 2 por ciento del tipo de subasta⁸⁶. El remate se aprueba en favor de la mejor postura, cuando ésta supere el 60 por ciento del tipo de la subasta o cuando, siendo inferior, cubra al menos el importe de la deuda, incluyendo recargos, intereses y costas causadas. También puede aprobarse el remate en favor de una mejor postura inferior al 60 por ciento y que no cubra el importe adeudado, siempre que supere al menos el 25 por ciento del tipo de subasta.

Si la mejor postura es inferior al 75 por ciento del tipo de subasta y no cubre el importe de la deuda, el deudor puede presentar a un tercero que la mejore al menos hasta dicho límite

**EL RGSS CONTEMPLA
COMO FORMAS
DE ENAJENACIÓN DE
LOS BIENES EMBARGADOS
LA SUBASTA, COMO
PROCEDIMIENTO
NORMAL U ORDINARIO,
Y EL CONCURSO,
COMO PROCEDIMIENTO
ESPECIAL O RESTRINGIDO
EN FUNCIÓN DE
CIRCUNSTANCIAS O
BIENES CONCRETOS**

(82) Artículos 114 a 119 RGRSS

(83) Como son el tablón de anuncios de la Dirección Provincial, de las dependencias de la misma y de los Ayuntamientos, en cuyas demarcaciones se hallen los bienes; si el valor de los bienes supera determinada cuantía –a determinar por el Director General TGSS– el anuncio de la subasta debe insertarse, además, en el Boletín Oficial de la Provincia o Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente). Cabe también, en función de la naturaleza y valor de los bienes, que la subasta sea anunciada en medios de comunicación de gran difusión o en publicaciones especializadas.

(84) La Mesa está compuesta por el Director Provincial de la TGSS o titular del órgano o unidad en quien delegue, que actuará como Presidente; por el Jefe de la URE que tenga a su cargo el expediente ejecutivo; por el Interventor Delegado en la Dirección Provincial de la TGSS y por un funcionario que a tal efecto designe el Director Provincial de la misma, que actúa como Secretario. Cualquier miembro de la Mesa puede ser sustituido por el funcionario que designe el Director Provincial de la TGSS y, en su caso, el Interventor Delegado.

(85) Si en el acto de celebración de subasta concurre alguna persona interesada en participar en la licitación que no haya presentado en plazo postura en sobre cerrado ni constituido el depósito necesario, puede ser admitida a participar en la misma si constituye en el acto un depósito del 30 por ciento del tipo fijado para la subasta. A tal fin se abre un plazo por el tiempo imprescindible para que los que deseen licitar constituyan el depósito necesario. No se admite como licitador a ninguna persona desde que la Mesa haya hecho pública la existencia de posturas presentadas por escrito.

(86) Cuando se han presentado ofertas en sobre cerrado, concluida la formulación de ofertas verbales, se procede a la apertura de los sobres presentados, exponiéndose ante la Mesa y en voz alta las pujas que se hubieren efectuado siempre que superen la postura máxima alcanzada verbalmente. Si coinciden como mejor postura varias de las ofertadas, se da preferencia en la adjudicación a la presentada por escrito y concurriendo dos de esta naturaleza a la registrada en primer lugar.

y que acredite el ingreso íntegro del importe ofrecido en el plazo de tres días hábiles, en cuyo caso se aprobará el remate en favor del tercero.

Si los bienes no pueden ser subastados (o, en el caso de lograrlo, el adjudicatario no satisface el precio del remate) se puede efectuar una segunda subasta; si no se acuerda esta segunda subasta, o celebrándose resulta también desierta, y los bienes no se adjudican a la TGSS han de ser devueltos al apremiado o, en su caso, a quien conste como titular del bien o derecho objeto de enajenación, procediéndose al levantamiento del embargo.

Una vez pagado el precio de remate, el Director Provincial de la TGSS ha de emitir certificado de la adjudicación, en el que se hace constar la aprobación del remate y la identificación del adjudicatario, la descripción de los bienes enajenados y las cargas y gravámenes a que estén afectos, la identificación del deudor, el importe de las deudas objeto de ejecución, y el valor de adjudicación del bien. Asimismo, ha de hacerse constar que queda extinguida la anotación registral del embargo que haya dado lugar a la enajenación, librándose con el certificado mandamiento de cancelación de las cargas posteriores a dicha anotación, conforme a lo previsto en la legislación reguladora del Registro Público en que se hubiera practicado. Si el bien adjudicado ha sido objeto de depósito, ha de ordenarse al depositario la entrega inmediata de los bienes al adjudicatario. En todo caso, los gastos que origine la transmisión de la propiedad del bien adjudicado, incluidos los fiscales y registrales, serán siempre a cargo del adjudicatario. Salvo que exista embargo u orden de retención, el sobrante del precio obtenido en la subasta se ha de entregar al apremiado o, en su caso, a quien conste como titular del bien o derecho objeto de enajenación⁸⁷.

El RGRSS posibilita que la venta pública de los bienes embargados al deudor pueda ser llevada a cabo por *empresas y profesionales especializados*, siempre que así lo haya autorizado previamente el Director General de la TGSS, bien se trate de personas físicas o jurídicas, exigiéndose, además de otros requisitos, estar al corriente en el pago de las deudas con la Hacienda Pública y con la seguridad Social⁸⁸. En estos casos, no es necesario constituir depósito previo para concurrir a la licitación; la licitación se acomoda a los procedimientos específicos de cada empresa o profesional especializado con los que se hubiere concertado la ejecución de la subasta; la Mesa de la subasta está presidida en el acto de la licitación por uno de los componentes previstos para la Mesa en la subasta ordinaria y si el deudor paga en el acto de la licitación la deuda, el representante de la Mesa acuerda la terminación de la licitación de bienes correspondiente.

(87) El certificado de adjudicación se entrega al adjudicatario, remitiéndose copia a la Agencia Estatal de Administración Tributaria u órgano correspondiente de la Administración Pública competente, a efectos de la liquidación y pago de los tributos que gravan la transmisión de los bienes. En el caso de que el adjudicatario tenga la condición de empresario o profesional los mismos están facultados para expedir factura en que se documente la operación y se repercuta la cuota del impuesto, presentar la declaración-liquidación correspondiente, ingresar el importe del impuesto. No obstante, el ejercicio de tales facultades ha de ser manifestado por escrito ante la TGSS, de forma previa o simultánea al pago del importe de la adjudicación.

(88) Conforme a lo establecido en los artículos 15 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

b) También cabe la enajenación mediante **concurso**, si bien se trata de un procedimiento excepcional previsto para una clase de bienes (los muebles o semovientes). El procedimiento del concurso ha de ser autorizado por el Director Provincial de la TGSS, especificándose en la correspondiente providencia el lugar en que deban presentarse las proposiciones, la fianza a prestar y la forma de pago, pudiendo además establecer que la enajenación se realice mediante una sola licitación verbal, sin admitirse posturas en sobre cerrado.

c) Aunque la regla general consiste en que los bienes embargados se enajenen a terceros, existen supuestos en los que cabe la **adjudicación de los mismos directamente** a favor de la TGSS. En estos casos, la adjudicación se realiza por valor igual al débito perseguido pero sin que exceda del 80 por ciento del valor que sirvió de tipo para la enajenación. La adjudicación extingue las deudas hasta el importe del valor de la adjudicación, entregándose al deudor los justificantes correspondientes, y formalizando el alta de los bienes adjudicados en el inventario de la Seguridad Social.

De igual modo y respecto de los bienes muebles no enajenados y cuya adjudicación se presuma que pudiera interesar a la TGSS, el Director Provincial de la misma puede acordar su adjudicación a dicho Servicio Común, previa consulta, en su caso, al posible órgano usuario en función de la previsible utilidad que pudiera reportarle⁸⁹.

E) Otras particularidades

a) Respecto de las costas del procedimiento de apremio los gastos que se produzcan con ocasión y por consecuencia de su tramitación, las mismas son a cargo del apremiado⁹⁰. A efectos de su valoración, cuando el servicio o la gestión que ocasionen las costas se produzcan en virtud de un contrato administrativo, se valoran conforme a los precios o tarifas señalados en el mismo, en los pliegos de cláusulas administrativas, generales o particulares, o en su caso, en el de las prescripciones técnicas, salvo que el contratista haya adquirido la obligación de fijar con respecto a cada deudor el importe de la contraprestación.

b) Existen supuestos en que un tercero, ajeno en principio al procedimiento recaudatorio, sin embargo se ve afectado por el mismo, en cuanto titular de derechos respecto de bie-

(89) En el ámbito tributario, el artículo 172 LGT prevé que el procedimiento de apremio puede concluir con la adjudicación de los bienes a la Hacienda Pública, en los casos en que los bienes muebles o inmuebles, cuya adjudicación pueda interesar a la misma, y no se hubiesen adjudicado en el procedimiento de apremio.

(90) Se incluyen como costas en el procedimiento los gastos de investigación y averiguación de los elementos que integran el patrimonio del deudor; los derechos de peritos y demás honorarios que deban realizarse a personas que intervengan en el procedimiento, como los devengados con ocasión de valoraciones y enajenaciones de los bienes embargados; las tasas y derechos arancelarios que deban abonarse por la expedición de copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse para la adecuada tramitación del procedimiento, salvo que se aporten por registros y protocolos que los faciliten de forma gratuita; los producidos por el depósito y administración de los bienes embargados, incluyendo el desmontaje, embalaje, acondicionamiento, transporte, almacenaje, custodia, entretenimiento y conservación; o, por último, otros gastos imprescindibles para la ejecución, previa autorización de la Dirección Provincial de la TGSS competente. En ningún caso, se pueden incluir como costas del procedimiento de apremio los gastos ordinarios de los órganos y unidades de la Administración de la Seguridad Social.

nes cuya enajenación se pretenda para dar satisfacción a la deuda⁹¹. En estos supuestos, el ordenamiento jurídico prevé un procedimiento específico en el que ese tercero solicita la exclusión de ese bien, en cuanto sea dueño del mismo o posea un mejor derecho sobre ese bien, mediante el planteamiento de la tercería. La tercería consiste en un incidente⁹² mediante el cual una persona puede oponerse al embargo, cuando considere que es el propietario de los bienes embargados o cuando ostente un mejor derecho sobre las cantidades obtenidas en su enajenación; por ello, las tercerías se califican como de *dominio y de mejor derecho*⁹³.

La reclamación previa en tercería se ha de formular por escrito⁹⁴ ante la URE, acompañando los documentos originales en que el tercerista funde su derecho. Respecto al plazo de interposición de la tercería, sea de dominio o de mejor derecho, la misma pueden instarse a partir de cualquier fecha en la que el tercerista conozca del procedimiento de apremio seguido contra los bienes trabados, si bien existen unos plazos finales, en cuanto que no se admiten a trámite las reclamaciones previas en tercería si la misma, tratándose de dominio, ha sido interpuesta después de otorgada la escritura de venta, de realizada la entrega de los bienes muebles en cualquiera de sus modalidades o del acuerdo de adjudicación de los bienes a la TGSS; si se trata de tercería de mejor derecho, no se admite la presentada después de que la URE haya recibido el precio de la venta⁹⁵.

La resolución de la tercería (que sólo puede fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor o en el derecho del tercerista a ser reintegrado de su crédito con preferencia al perseguido en el expediente de apremio) corresponde a la TGSS, teniendo en cuenta que su interposición ante la misma es requisito previo para que puedan ejercitarse ante los jueces y tribunales del orden civil.

Una vez que se haya comprobado la presentación de la tercería, y que la misma reúne los requisitos establecidos y su presentación en los plazos indicados, se ha de proceder a la admisión de la misma, calificando provisionalmente aquélla. Los efectos de la admisión y calificación de la tercería son diferentes en función de la clase de la tercería, ya que si la

(91) Vid. ANDINO AXPE, L.F.: *op.cit.*, págs. 800 y sigs. y RODRÍGUEZ RAMO, M.J. y PÉREZ BORREGUERO, G.: "Planteamiento y resolución de tercería en el procedimiento de apremio para la exacción de débitos al sistema de Seguridad Social a la luz de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", *Justicia Laboral*, febrero, 2001.

(92) Regulado en el artículo 35 LGSS y en los artículos 132 y sigs. RGRSS.

(93) CRUZ VILLALÓN, J.: "Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso laboral", *Relaciones Laborales*, núm. 10, mayo, 1997; GARCÍA MURCIA, J.: "Procedimiento de apremio y planteamiento de tercerías en la recaudación de cuotas de la Seguridad Social", *RL*, núm. 7, 1988, LÓPEZ FUENTES, R.: "Comentarios al artículo 35" en AAVV *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Edit Aranzadi, 2003, y RODRÍGUEZ RAMOS, M.J. y PÉREZ BORREGUERO: "Comentarios al artículo 35 LGSS" en AAVV: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Edit. Comares, 1999.

(94) El escrito de presentación de la tercería debe contener la identificación del reclamante; descripción de los hechos, razones y petición en los que se concrete con claridad la solicitud; lugar y fecha, así como firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio (artículo 70 LRJPAC).

(95) Tampoco se admite la presentación de una segunda o ulterior tercería que se funde en títulos o derechos que poseyera el tercerista al tiempo de interponer la primera.

Novedades del Reglamento General de Recaudación

tercería es de dominio, se han de tomar las medidas de aseguramiento⁹⁶ y proceder a la suspensión del procedimiento de apremio, en lo que se refiere a los bienes controvertidos, siguiéndose en lo que se refiere a los demás el procedimiento recaudatorio, mientras que si la tercería es de mejor derecho, se ha de proseguir el procedimiento hasta la realización de los bienes y la cantidad obtenida se consigna en la cuenta de la TGSS, a results de la decisión sobre la tercería, aunque puede suspenderse el procedimiento si el tercerista consigna el importe de la totalidad de la deuda.

Por último, si se estima la tercería de dominio, ha de alzarse el embargo trabado sobre el bien de que se trate; asimismo, si se estima la tercería de mejor derecho, ha de efectuarse entrega al tercerista del importe obtenido de la enajenación, hasta la cantidad suficiente para cubrir el crédito preferente. Una vez que hayan transcurrido 20 días desde la notificación de la resolución de la tercería o desde el momento en que se entienda desestimada la misma, prosiguen los trámites del procedimiento que hayan quedado en suspenso, salvo que el tercerista justifique la interposición de la correspondiente demanda ante la jurisdicción civil, en relación con la tercería presentada previamente ante la TGSS.

(96) Como es el caso de la anotación de embargo en los registros correspondiente, el depósito de los bienes u otras que aconsejen la naturaleza de los bienes trabados.

La coordinación de actividades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales

MARGARITA I. RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del
Trabajo
Universidad de La Laguna

DULCE M^a. CAIRÓS BARRETO

Profesora Asociada de Derecho
del Trabajo
Universidad de La Laguna

Sumario:

Introducción. 1. El objeto de regulación: la concurrencia de actividades empresariales en un mismo lugar de trabajo. 2. Nuevas definiciones y cambios sustanciales en las nociones de centro de trabajo y de empresario titular y empresario principal. 3. El deber de cooperación. 4. Obligaciones derivadas de concurrencia de actividades empresariales en un mismo centro cuando existe un empresario titular del mismo. 5. Obligaciones derivadas de la concurrencia de actividades empresariales cuando existe un empresario principal, en particular, las contratas. 6. Sobre los denominados “medios de coordinación”. 7. Una nota crítica sobre la cualificación de los recursos preventivos y de las personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas. 8. Nuevo marco sancionador. 9. Responsabilidad solidaria entre las empresas implicadas. 10. Derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. 11. Aplicación preferente para obras de construcción del RD 1627/2004 sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción.

INTRODUCCIÓN

La envergadura del proceso legislativo desatado en los últimos meses de gobierno del Partido Popular ha tenido y aún desplegará un alcance no conocido y analizado con suficiente rigor y extensión. El conjunto de normas que fueron objeto de modificación, al que ha de añadirse la innovación legislativa en territorios anteriormente no dotados de ordenación jurídica, así como el gran volumen de normas que fueron objeto de expulsión del ordenamiento han contribuido a configurar un panorama que en el ámbito estricto de la ordenación jurídico-laboral puede calificarse de incierto, desasistido de criterios de homogeneidad y falto de integración.

Uno de los ámbitos específicos en que se adentra el asistemático proceso de reforma lo constituye el de la prevención de riesgos en el trabajo, en el cual la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, ha venido a introducir significativas modificaciones tras casi ocho años de aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (LPRL). La de 1995 supuso la primera Ley que en el período posconstitucional entró a abordar de forma integral la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en los lugares de trabajo, aspectos que en la Constitución de 1978 encuentran acomodo como derechos laborales cuya dimensión ha de extraerse de una lectura combinada del contenido de los preceptos incluidos en los arts. 10.1 (derecho a la dignidad de la persona), 15 (derecho a la integridad física y moral), 40.2 (deber de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo) y 43.1 (derecho a la protección de la salud)¹.

Pero aun en el espacio particular de la ordenación de los riesgos a que están expuestos los trabajadores, brilla con luz propia una disposición que no por su (menor) rango reglamentario resta importancia y trascendencia a los aspectos en ella tratados relativos a la protección de la seguridad y la salud en el trabajo. El RD 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el art. 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (BOE de 31 de enero) contribuye a dar respuesta a una intervención normativa frecuentemente invocada a lo largo del dilatado período de aplicación de la LPRL. El RD procede a desarrollar los contenidos vertidos en el art. 24 LPRL, ahora reformado por el art. 3 de la Ley 54/2003, siendo objeto de la adición de un nuevo apartado 6, mediante el cual se reconduce a la vía reglamentaria la ordenación jurídica de las obligaciones derivadas de

(1) El alcance constitucional de la salud laboral fue objeto de una temprana construcción en el debate jurídico laboral español, vid., por todos, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución", RPS, núm. 121, 1979, págs. 199 a 226. APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Civitas, Madrid, 1989. Con posterioridad, dando cuenta de la delimitación del contenido esencial del derecho a la salud y seguridad en el trabajo por parte del Tribunal Constitucional, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo", AL, 1992, núm. 4, págs. 37 a 44, recientemente incorporado a la recopilación de trabajos publicada bajo el título: *Derecho del Trabajo y razón crítica* (libro dedicado al Profesor M.C. PALOMEQUE LÓPEZ en su vigésimo quinto aniversario como Catedrático), Caja Duero, Salamanca, 2004, págs. 125 a 135.

la coordinación de actividades empresariales. Se entrega con ello a la potestad reglamentaria la ordenación de una materia compleja, controvertida y, como ya se dijo, reclamada ante la necesidad de despejar múltiples dudas e interrogantes que de la concurrencia de actividades empresariales en un mismo lugar de trabajo, derivan.

Sin duda, una de las posturas más enfrentadas de los interlocutores sociales en la Mesa de Diálogo Social en materia de Prevención de Riesgos Laborales (art. 12 LPRL) que dio lugar al Acuerdo de diciembre de 2002, quedó de manifiesto en el punto relativo a la determinación de obligaciones y responsabilidades en la coordinación de actividades empresariales. Si bien se presentaron grandes líneas de discusión en lo relativo a la representación de los trabajadores, hubo algunos acuerdos relativos a los criterios que deberían inspirar el tratamiento de un tema tan delicado como éste, particularmente, en un contexto en el que la superposición de procesos productivos propios de diversas empresas que convergen en los mismos espacios o lugares de trabajo constituye práctica muy frecuente en el estadio actual de desarrollo del sistema de relaciones de trabajo. Finalmente, el Gobierno asumió el compromiso de abordar la regulación de esta materia mediante la aprobación de una norma específica, que no es otra que el RD 171/2004.

Se recuerda, según se deriva de lo establecido en el artículo 1.2 y la Disposición Adicional Segunda del RD 171/2004, que la negociación colectiva tiene también un importante papel que desempeñar en materia de prevención de riesgos laborales: no sólo se señala el carácter de normas mínimas para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en los supuestos de coordinación de actividades empresariales, sino que se recogen algunas sugerencias de regulación para los agentes sociales como la información a los trabajadores y sus representantes sobre la contratación y subcontratación de obras y servicios o la cooperación de los delegados de prevención en la aplicación y fomento de las medidas de prevención y protección adoptadas, habiéndose señalado al respecto la dificultad de la intervención colectiva debido, fundamentalmente, a razones de insuficiencia de las unidades clásicas de negociación². Por otro lado, lo más llamativo a estos efectos lo constituye el hecho de que, dado el origen pactado de la norma, el papel que se ha otorgado a la representación de los trabajadores y a la

**EL CENTRO
DE IMPUTACIÓN
DEL REGLAMENTO
LO CONSTITUYEN
AQUELLAS EMPRESAS
QUE DESARROLLAN SU
PROCESO DE PRODUCCIÓN
ACUDIENDO AL RÉGIMEN
DE CONTRATAS Y
SUBCONTRATAS, ASÍ
COMO A LAS QUE
OPERAN EN UN MISMO
ESPACIO DEFINIENDO
SUS OBLIGACIONES EN
MATERIA DE SEGURIDAD Y
SALUD LABORAL**

(2) LLANO SÁNCHEZ, M.: "El Reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales", AL, núm. 13, 2004, pág. 1.547.

negociación colectiva es realmente decepcionante, ya que basa toda la ordenación de la actividad preventiva en la empresa, en función de su posición de poder en la cadena de contratación, otorgando a los representantes de los trabajadores unas funciones de meros receptores de información y de consultores en la materia³.

1. EL OBJETO DE REGULACIÓN: LA CONCURRENCIA DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES EN UN MISMO LUGAR DE TRABAJO

El centro esencial de imputación del Reglamento lo constituyen aquellas empresas que desarrollan su proceso de producción acudiendo al régimen de contrataciones y subcontratas, así como a aquellas que operan en un mismo espacio o lugar de trabajo (conurrencia de actividades empresariales) definiendo las obligaciones que en materia de seguridad y salud laboral les incumben. Más allá de lo dispuesto en el art. 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), relativo al sistema de responsabilidades propio de la contrata de obras y servicios sobre condiciones de trabajo y Seguridad Social entre la empresa contratante y contratista, el nuevo RD se extiende sobre el ámbito particular de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores que realizan la prestación de servicios para empresas que funcionan bajo este régimen jurídico, coordinando las distintas actividades empresariales de prevención de riesgos entre las empresas concurrentes.

Qué sujetos intervienen y cuál es el grado de su responsabilidad, así como el tipo y características de sus funciones preventivas resultan ser los aspectos que el RD 171/2004 regula, partiendo de un presupuesto conceptual inserto ya en la Ley, esto es, que hay concurrencia empresarial a los efectos señalados “cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores de dos o más empresas, en cuyo caso éstas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales” (art. 24.1 LPRL).

Los deberes que explícitamente impone la Ley a las empresas afectadas son, en primer lugar, de *cooperación* a través de los necesarios medios de coordinación para la protección y prevención de riesgos de los trabajadores; en segundo lugar, deberes de *información* sobre tales medios de coordinación a los respectivos trabajadores (sobre riesgos para la seguridad y salud, así como las medidas y actividades de protección y prevención, de acuerdo con lo que establece el art. 20 LPRL) y en tercer lugar, de *vigilancia* del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas que contraten o subcontraten con otras obras o servicios correspondientes a su actividad.

Dos son los aspectos centrales con los cuales el RD lleva a efecto el desarrollo de los deberes empresariales: las nuevas definiciones que introduce en conceptos clásicos y consolidados en el Derecho del Trabajo, como son los de centro de trabajo, claramente inoperan-

(3) PÉREZ CAPITÁN, L.: “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, RDS, núm. 26, 2004, págs. 50 y 68.

te en la materia referida a la prevención de riesgos laborales, y de empresario contratante; por otra parte, el desarrollo de los medios para llevar a cabo el deber de cooperación, extendiendo con carácter general una figura existente hasta ahora sólo en el sector de la construcción, como es el coordinador de las actividades preventivas.

El Reglamento desarrolla los apartados 1, 2, 3 y 5 del art. 24 LPRL, sin que sea posible interpretar que las obligaciones dimanantes de lo señalado en los apartados 1, 2 y 3 sean excluyentes por sí mismas, pudiendo acumularse entre ellas debido a su naturaleza independiente, de modo que las responsabilidades del empresario titular del centro de trabajo y los contratistas resultan compatibles entre sí unas respecto de las otras, como se verá.

No ha sido objeto de desarrollo el apartado 4 del artículo 24 LPRL que, consiguientemente, ha quedado reducido a la previsión contenida en dicha Ley: extiende los deberes de información establecidos en el artículo 41.1 LPRL a los empresarios contratantes cuando los trabajadores de la contratista o subcontratista no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, pero siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados por la misma. De ese modo, se incorpora al nuevo empresario principal al régimen de obligaciones y responsabilidades establecido en el artículo 41 LPRL a cargo de fabricantes, importadores y suministradores y a los propios empresarios. Tales sujetos deberán proporcionar a los empresarios, y éstos, a su vez, están obligados a recabar de los mismos, la información necesaria para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos, productos, materias primas y útiles de trabajo se produzca sin riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, así como para que, a su vez, los empresarios puedan cumplir con sus obligaciones de información respecto de los trabajadores.

2. NUEVAS DEFINICIONES Y CAMBIOS SUSTANCIALES EN LAS NOCIONES DE CENTRO DE TRABAJO Y DE EMPRESARIO TITULAR Y EMPRESARIO PRINCIPAL

La disposición reglamentaria ha entrado en el terreno de las definiciones para, a continuación, precisar los sujetos y el alcance de las responsabilidades derivadas de aquéllas. En primer término, se establece una definición de **Centro de trabajo**, a los efectos de aplicación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, no coincidente con la que figura en la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁴. Se configura una noción más amplia respecto de la “unidad productiva con organización específica que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral” (art. 1.5 LET) para extenderla a “cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo” [art. 2.a) RD 171/2004]⁵.

(4) Aspecto ya puesto de manifiesto en los análisis más rigurosos al precisar el supuesto base –centro de trabajo– en la concurrencia de actividades empresariales, por todos, APARICIO TOVAR, J. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*, Trotta, Madrid, 1996, pág. 161, y GOERLICH PESET, J. M^a.: “Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales”, *AL*, 1997-1, págs. 128 a 129.

(5) Vid. VAL ARNAL, J.: “Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación”, en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 167 a 168.

La ampliación del concepto de Centro de trabajo así expresada ha venido a otorgar carta de naturaleza a las interpretaciones jurisprudenciales sobre la materia, que ya venían entendiendo por centro de trabajo espacios físicos que nada tenían que ver con la definición del art. 1.5 LET a los efectos fundamentales de extender el radio posible de cuantificación de los accidentes de trabajo (ocurridos durante el tiempo y en el lugar de trabajo, respecto de los cuales opera la presunción legal que señala el art. 115.3 LGSS), de modo que no sólo el lugar —centro de trabajo— en el que se lleva a cabo la efectiva prestación del servicio, sino los lugares a los que los trabajadores deben acceder o permanecer —con independencia de que se trate de lugares en los que no se desarrolla la prestación— también son tomados en consideración a efectos de protección y de prevención de riesgos en el trabajo⁶. Se trata, por tanto, de lugares de trabajo en el sentido de espacios sobre los que se realiza la prestación laboral y sobre los que recae la obligación de adoptar las medidas preventivas y de desarrollar la actividad preventiva. Ésta es la definición que el legislador español ya había acogido en el RD 486/1997, de 14 de abril, de disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo (BOE del 23) que ha venido a transponer la Directiva 89/654/CEE, de 30 de noviembre, específica sobre este extremo⁷, norma que define el lugar de trabajo como aquellas áreas, edificadas o no, en las que los trabajadores deban permanecer o a las que puedan acceder en razón de su trabajo, considerando incluidos en esta definición los servicios higiénicos y los locales de descanso, de primeros auxilios y los comedores, además de las instalaciones de servicio o protección anejas a los lugares de trabajo⁸.

Igualmente, se define al **Titular del centro de trabajo** (a quien ya se refería el art. 24.2 originario de la LPRL sin más concreción allí sobre su determinación) como “la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo” [art. 2.b] RD171/2004), incorporando así a aquellas empresas cuya actividad se limita a poner a disposición de otras el lugar donde se lleva a cabo la actividad empresarial y correspondiente prestación de servicios por parte de los trabajadores (grandes superficies, centros comerciales, etc.) Al mismo tiempo, cabe la posibilidad de que el propio titular del centro ejerza en el mismo una actividad empresarial determinada, en cuyo caso asumirá, además, las responsabilidades que reglamentariamente se precisan derivadas del ejercicio de ésta. Ahora bien, tal y como aparece expresado en la norma reglamentaria, resulta indiferente que el titular del centro de trabajo contrate o no trabajadores a su disposición, o lo que es lo mismo, tenga o no trabajadores expuestos, lo cual no deja de tener relevancia por la separación que se establece entre la noción de empresario que, desde el punto

(6) Vid. el análisis jurisprudencial en PÉREZ CAPITÁN, L.: “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, *op. cit.*, págs. 51 a 52.

(7) Y a dar cumplimiento, asimismo, a los compromisos derivados de la ratificación por España de los Convenios de la OIT núm. 155, relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, de 22 de junio de 1981 (ratificado con fecha de 26 de julio de 1985), así como al núm. 148, relativo al medioambiente de trabajo, de 20 de junio de 1977 (ratificado el 24 de noviembre de 1980).

(8) Vid., al respecto de las consideraciones limitativas, LLANO SÁNCHEZ, M.: “El Reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, *op. cit.*, pág. 1.549, sobre la delimitación del espacio físico que debe considerarse centro de trabajo a estos efectos.

de vista del Derecho del Trabajo configura el art. 1.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y esta otra noción en la que no se exige como presupuesto básico de la misma la concurrencia de prestación de servicios con carácter dependiente y asalariada de los trabajadores a su cargo, para hacer derivar de la misma deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes a la condición legal de empresario. Sin embargo, desde el punto de vista de la prevención, lo importante es que el titular del centro es quien conoce y controla los riesgos de su centro de trabajo y que van a afectar a los trabajadores presentes en el mismo, y ello con independencia de que él mismo sea empleador⁹.

Empresario principal será, según la definición reglamentaria, el “que contrata o subcontrata con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquél y que se desarrollan en su propio centro de trabajo” [art. 2.c)]. Esta definición se corresponde, básicamente, con las expresiones de los arts. 42 LET y 24.3 LPRL no coincidiendo, sin embargo, con aquella acepción que más relación presenta con los objetivos declarados de esta norma, que es la definición contenida en el art. 2 del RD 1627/1997, de 27 de octubre, de disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción. Parece más razonable y acorde con una interpretación sistemática de la norma, así como del principio de especialidad, que el concepto de contratista sea el amplio del RD 1627/1997, es decir, lo será la persona física o jurídica que asuma contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato¹⁰.

Al margen de esta definición, la propia LPRL contempla aun otra realidad diferente, como es la relativa a determinadas obligaciones atribuidas a la empresa principal para supuestos en los que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista “no presten servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que tales trabajadores deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias primas o útiles proporcionados con la empresa principal” (apartado 4 del art. 24, no modificado). Esta otra cuestión alude a la extensión de las obligaciones de prevención de riesgos a espacios y lugares que no

**EMPRESARIO
PRINCIPAL SERÁ,
SEGÚN LA DEFINICIÓN
REGLAMENTARIA,
EL QUE CONTRATA O
SUBCONTRATA CON
OTROS LA REALIZACIÓN
DE OBRAS O SERVICIOS
CORRESPONDIENTES A
LA PROPIA ACTIVIDAD
DE AQUÉL Y QUE SE
DESARROLLAN EN
SU PROPIO CENTRO
DE TRABAJO**

(9) LLANO SÁNCHEZ, M.: “El Reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, op. cit., pág. 1.554.

(10) MANZANO SANZ, F.: “Comentario al Real Decreto 171/2004, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, núm. 3, marzo, 2004, pág. 53.

guardan relación con el centro de trabajo de la empresa principal, en la medida en que en ellos no se lleva a cabo la prestación de trabajo efectivo, sino a otros posibles. El criterio aquí escogido para ampliar el campo de obligaciones empresariales son las condiciones de trabajo y, en particular, los medios con y en los que se opera cuando éstos son aportados por la empresa principal (haciéndola responsable, como se verá) de la utilización de máquinas, herramientas, equipos, protección frente a agentes biológicos, químicos, etc.)

Pues bien, como anteriormente se señaló, este otro ámbito de responsabilidad de las Empresas principales no ha sido objeto de desarrollo reglamentario, lo cual merece una severa crítica al legislador, en la medida en que impide dotar de contenido y concreción el mandato legal meramente enunciado en la LPRL. Se ha desperdiciado una oportunidad magnífica para efectuar un desarrollo integral (sin dejar vacíos y deficiencias en este terreno) de las responsabilidades en materia de prevención de las Empresas que utilizan el sistema de contratas.

3. EL DEBER DE COOPERACIÓN

El RD parte de un supuesto base, *la concurrencia de trabajadores de varias empresas en un mismo centro o lugar de trabajo*, en cuyo caso todas las empresas implicadas, con independencia de si son, además, empresarios titulares del centro o empresas que contratan o subcontratan parte de su actividad, deberán “cooperar en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales” en la forma establecida en la norma. Este deber de cooperación entre las empresas afectadas cuando dos o más de ellas desarrollen actividades en un mismo lugar de trabajo constituía una obligación derivada de normas internacionales: estaba ya ordenado por el Convenio núm. 155 OIT (art. 17) y por la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989 (art. 6.4). A este deber de cooperación se añaden los de información y vigilancia, de acuerdo con lo establecido en los párrafos segundo y tercero del art. 24 LPRL.

Este deber está atribuido, indistintamente, a todas las empresas (incluido el empresario titular) y a todos los trabajadores autónomos que presten sus servicios en un mismo centro de trabajo, existan o no relaciones jurídicas entre ellos, asumiendo cada uno las responsabilidades que del mismo derivan, respecto tanto de los deberes de información, como de los relativos a la evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Debe observarse que el trabajador autónomo, en este caso, resulta tanto sujeto obligado como sujeto protegido¹¹, en tanto que es hábil para generar riesgos y daños pero también para padecerlos, ya que se le presume su presencia en el centro de trabajo¹².

(11) Obligado, en la medida en que presta servicios en un lugar en el que puede generar riesgos para otros trabajadores (autónomos o asalariados) y protegido en cuanto él mismo puede verse afectado por riesgos que escapan a su control y en los que no puede intervenir, vid. MORENO MÁRQUEZ, A.: *Los Sujetos Protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 42.

(12) GARCÍA NINET, I.: “Breves notas y exposición subrayada (con pretensiones meramente didácticas) del RD 171/2004, de 30 de enero (BOE del 31), por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (primera parte)”, *Tribuna Social*, núm. 59, marzo, 2004, pág. 5.

Coordinación de actividades empresariales en materia preventiva

Las principales aportaciones de la norma respecto a este supuesto (art. 24.1 LPRL) son haber dotado de contenido al deber de cooperación, así como el establecimiento de los criterios a tener en cuenta para determinar los medios de coordinación que dan cumplimiento a este deber en cada uno de los casos en los que concurren trabajadores de distintas empresas en un mismo lugar de trabajo, de modo que el deber de cooperación y adopción de los mecanismos de coordinación correspondientes se convierten en obligación básica en cualquier supuesto de concurrencia, con independencia de las obligaciones específicas en los casos en los que esa concurrencia de actividades sea debida a la existencia de relaciones jurídicas verticales o de cualquier otro tipo entre las empresas concurrentes.

El contenido de este deber de cooperación se puede sistematizar del siguiente modo:

a) Información recíproca entre empresarios. Las empresas concurrentes en el centro de trabajo deberán informarse recíprocamente *sobre los riesgos específicos* de las actividades que cada una desarrolla siempre que puedan afectar a trabajadores de otras empresas concurrentes, especialmente si pueden agravarse o modificarse por circunstancias derivadas de la concurrencia de actividades. Ello siempre que los empresarios concurrentes cuenten con trabajadores en el centro de trabajo, en una interpretación integradora y coherente de los arts. 4 y 6 del Real Decreto¹³. Igualmente, ha de tratarse de un grado de información suficiente y facilitado antes del inicio de actividades, y que debe reproducirse cuando haya cambios en las actividades concurrentes relevantes a efectos preventivos, así como cuando se produzcan situaciones de emergencia. La exigencia de la forma escrita de dicha información se mantiene para riesgos graves y muy graves (art. 4.2 RD), de modo que cuando los riesgos no revistan tal carácter parece que la norma reglamentaria acepta una comunicación verbal. Atendiendo a las exigencias del principio de seguridad jurídica se ha estimado que la calificación sobre la gravedad del riesgo debe provenir de una norma reglamentaria¹⁴.

Esta información debe ser tenida en cuenta por los empresarios concurrentes a la hora de realizar su propia evaluación de riesgos, así como en el momento de llevar a cabo la planificación de su actividad preventiva. En este punto, se configura un deber añadido en la medida en que, conociendo los riesgos específicos de cada empresa, habrá de considerarse si la concurrencia de actividades, precisamente, agrava dichos riesgos (art. 4.4 RD); esa eventual agravación ha de reflejarse en la evaluación de los riesgos de cada puesto de trabajo, así como en la planificación de la actividad preventiva.

Igualmente, las empresas concurrentes en un mismo centro de trabajo tienen la obligación de informar unas a otras *de los accidentes de trabajo* que se produzcan en su propia actividad, cuando éstos deriven de riesgos derivados de actividades concurrentes. Se trata

(13) LLANO SÁNCHEZ, M.: “El Reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, *op. cit.*, pág. 1.552.

(14) LLANO SÁNCHEZ, M.: “El Reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, *op. cit.*, pág. 1.552.

de un nuevo deber de información relativo a los accidentes de trabajo, que se extiende entre empresas que concurren en un mismo centro, diferente del deber de notificación de los mismos a la Inspección de Trabajo. Esta medida si no se acompaña de algún tipo de sanción para caso de incumplimiento, probablemente, no surtirá ningún efecto. Seguramente, el propósito buscado es la coordinación de empresas con procesos productivos diferenciados, pero con interdependencia de dichos procesos respecto a los que han configurado otras, aun tratándose de sectores productivos diferentes.

La información que se emita con carácter previo al inicio de las actividades será una información revisable, por genérica y, en todo caso, deberá proporcionarse cuando se sepa qué tipo de actividades van a desarrollarse en el centro de trabajo. Es conveniente resaltar, por tanto, su carácter de información suficiente y periódica, del mismo modo que deben ser suficientes y periódicamente revisables los medios de coordinación que actualizan el deber de cooperación.

b) Comunicación de las situaciones de emergencia. Dentro del deber de información de las empresas concurrentes, se sitúan los aspectos relativos a la *producción de emergencias* que puedan afectar a la seguridad y a la salud de todos los trabajadores del centro; tales extremos deben ser puestos en conocimiento de las restantes empresas por parte de la empresa en que se produzcan. Sería necesario especificar si las situaciones de emergencia que deben ser comunicadas se agotan en los supuestos del artículo 21 LPRL: riesgo grave e inminente de producción de accidentes.

c) Información a los trabajadores. Por último, la cooperación entre empresas concurrentes se cierra con un *deber de información a sus trabajadores respectivos* de los riesgos que derivan para ellos de la concurrencia de actividades (art. 4.5 RD), de acuerdo con el genérico deber de información, consulta y participación de los trabajadores que establece el art. 18 LPRL (información sobre los riesgos derivados de la concurrencia, medidas de prevención y protección y medidas de emergencia frente a los mismos). No se trata de reproducir el contenido del precepto legal, sino de extender dicho contenido a un supuesto novedoso como es el que está abordando el RD, esto es, la concurrencia de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo. Ello supone que al deber de información genérico de cada empresa frente a sus trabajadores de los mismos en materia de prevención, ahora se añade el deber de informar de los riesgos específicamente derivados de la concurrencia, de modo que actividades especialmente peligrosas, situaciones posibles de emergencia, etc., aun cuando sean protagonizadas en el seno de otra empresa, sean susceptibles de afectar a su salud o seguridad.

Esta información deberá suministrarse también a los representantes de los trabajadores especializados en materia de prevención de riesgos laborales o, en su defecto, a la representación ordinaria, si existe en las empresas afectadas. Esta obligación debe deducirse de la propia naturaleza de los órganos de representación de los trabajadores, así como de lo regulado en el art. 39.3 LPRL, en relación con los arts. 15 y 16 del RD 171/2004, que aumenta los derechos de los Delegados de Prevención y del Comité de Seguridad y

Salud en esta materia, de modo coherente con el desarrollo de los deberes y obligaciones en casos de concurrencia de las actividades empresariales¹⁵.

El deber de cooperación interempresarial alcanza su máxima expresión por medio de una actuación inevitablemente conjunta que pesa sobre todas las empresas concurrentes, en la medida en que están llamadas a establecer los **medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales** que estimen pertinentes (art. 5 RD), atendiendo a tres factores:

- a) El grado de peligrosidad de las actividades desarrolladas en el centro de trabajo.
- b) El número global de trabajadores de las empresas presentes en el centro de trabajo (lo que implica que todo cambio de plantilla debe ser objeto de información entre ellas, ya que puede afectar a la actividad preventiva diseñada).
- c) La duración de la concurrencia de las actividades desarrolladas por tales empresas (ello supone que el cierre o apertura de cualquier local, centro o empresa fuerza a la adaptación correspondiente en los medios de coordinación).

Una cuestión importante y que el precepto no resuelve es la atinente a la titularidad empresarial de la iniciativa de adopción de los medios de coordinación, esto es, a qué empresa corresponde tomar dicha iniciativa. Lo que el legislador ha pretendido aquí es fijar la base para desarrollar los supuestos específicos de existencia de un empresario titular del centro de trabajo y de un empresario principal o comitente. No se trata, por lo tanto, de un primer supuesto genérico que abarca casos de ausencia de titularidad empresarial o contratación o subcontratación de obras o servicios, sino de un presupuesto, el deber de cooperación y las obligaciones en materia de información a los otros empresarios y a los trabajadores y el deber de comunicar las situaciones de emergencia son de aplicación en cualquier caso de concurrencia de actividades empresariales en un mismo lugar de trabajo.

Por ello, es forzado concluir que la iniciativa debe venir, precisamente, del titular del centro de trabajo, si éste es el caso, o

**EL DEBER DE
COOPERACIÓN
ESTÁ ATRIBUIDO,
INDISTINTAMENTE,
A TODAS LAS
EMPRESAS (INCLUIDO
EL EMPRESARIO
TITULAR) Y A TODOS
LOS TRABAJADORES
AUTÓNOMOS QUE PRESTEN
SUS SERVICIOS EN UN
MISMO CENTRO DE
TRABAJO, EXISTAN O NO
RELACIONES JURÍDICAS
ENTRE ELLOS**

(15) En el mismo sentido, GARCÍA NINET, J.I.: "Breves notas y exposición subrayada (con pretensiones meramente didácticas) del RD 171/2004, de 30 de enero (BOE del 31), por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (primera parte)", op. cit., pág. 8.

bien, del empresario principal. El obligado a tomar la iniciativa será siempre la persona física o jurídica responsable de que la concurrencia de actividades exista.

4. OBLIGACIONES DERIVADAS DE CONCURRENCIA DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES EN UN MISMO CENTRO CUANDO EXISTE UN EMPRESARIO TITULAR DEL MISMO

A partir del deber general de cooperación para la aplicación de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, se establecen dos supuestos en los cuales al deber de cooperación en los términos ya expuestos se le añaden otros deberes y obligaciones a cargo de diferentes sujetos empresariales.

El supuesto contemplado en el artículo 24.2 LPRL se refiere a aquellos casos en los que la concurrencia de actividades se produce en términos de igualdad jurídica y en sentido horizontal debido a que todas ellas se realizan en el mismo espacio físico. Existe un sujeto que, con base en la titularidad dominical o en cualquier otro título jurídico, tiene la capacidad de gestionar cierto espacio físico y lo ha puesto a disposición de distintos sujetos que desarrollan en él diversas actividades empresariales. No cabe la menor duda de que estos sujetos están obligados por el deber de cooperación en materia de prevención de riesgos laborales para la evaluación y planificación de los riesgos comunes y de los propios que puedan agravarse por el hecho de la concurrencia. Pero el sujeto titular del centro de trabajo, además de poder desarrollar una actividad empresarial en el centro y estar obligado, igualmente, por los deberes de colaboración, tiene una responsabilidad adicional, derivada de su cualidad de responsable del lugar de trabajo, de modo que debe ser conocedor de sus características y de los riesgos inherentes al mismo. Sólo así se justifican las obligaciones que la norma le impone en relación con la información y las instrucciones que debe proporcionar a los empresarios que desarrollan o van a desarrollar su actividad en el centro de trabajo.

La ordenación reglamentaria viene a desarrollar un extremo necesitado de atención, en particular, por la proliferación de grandes superficies, polígonos industriales y centros comerciales en los que se pretende establecer un marco de colaboración.

Distingue la norma reglamentaria dos supuestos:

A) Que el empresario titular del centro de trabajo no cuente con trabajadores que presten servicios en el mismo, en cuyo caso, su deber básico y fundamental se circunscribe al de información. El empresario titular del centro de trabajo debe informar a los otros empresarios y a los trabajadores autónomos concurrentes, que llevan a cabo trabajos correspondientes a la propia actividad de la empresa principal o no, sobre los riesgos propios del centro de trabajo y que, de algún modo, puedan afectar a las actividades por ellos desarrolladas; junto a los riesgos propiamente dichos, debe proporcionar la información añadida sobre medidas de prevención y medidas de emergencia en relación con ellos.

Este tipo de información debe proporcionarse de forma suficiente (sic), antes del inicio de actividades, por escrito (ante riesgos graves y muy graves) y también de forma periódica, cuando se produzcan cambios sobrevenidos relevantes en los riesgos del centro de trabajo (art. 7 RD). Parece razonable entender que esta información deberá ser transmitida, consecutiva y debidamente, a todos los trabajadores implicados.

En este caso, como carece de trabajadores que desarrollen actividad en el centro de trabajo, no es sujeto obligado por el deber de cooperación, aunque sí debe corresponderle la iniciativa de que los empresarios con trabajadores presentes en el centro adopten los necesarios medios de coordinación.

A los empresarios concurrentes se les impone la obligación de tener en cuenta la información recibida en la evaluación de los riesgos y en la planificación de su actividad preventiva.

B) Que los propios trabajadores del empresario titular del centro concurren con los trabajadores de otros empresarios, en cuyo caso, la norma reglamentaria establece, además de la obligación de suministrar la información a que se refiere el art. 7 del RD (adecuada y suficiente sobre los riesgos del centro y las medidas de prevención y protección), dos deberes básicos: a) la adopción del deber de cooperación en los términos expuestos y b) el deber de dar Instrucciones a los demás empresarios. El empresario titular del centro de trabajo deberá dar instrucciones a las empresas concurrentes para la prevención de riesgos existentes en el propio centro que puedan afectar a sus trabajadores (dadas sus características, situación, accesos, etc.), así como sobre las medidas que deban adoptarse ante situaciones de emergencia (puertas de salida, sistemas de aviso, etc.) Con el mismo nivel de indeterminación se precisa que dichas instrucciones deben ser “suficientes” y “adecuadas a los riesgos existentes” (art. 8.8 RD), han de ser facilitadas con antelación al inicio de actividades, así como cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes en el centro que sea relevante a efectos preventivos y revestirán forma escrita para riesgos graves y muy graves (art. 8.4 RD)¹⁶.

El momento en el que se deben dar tanto la información como las instrucciones plantea, de nuevo, la cuestión de que se tratará de una información y unas instrucciones modificables en cuanto se incorporen nuevos trabajadores de distintas empresas al centro de trabajo o nuevas actividades.

El deber de cumplimiento de dichas instrucciones por parte de las empresas concurrentes figura expresamente en la norma reglamentaria (art. 9.2), las cuales deberán tomarlas en consideración en su evaluación y planificación. Asimismo, han de informar de las mismas a sus propios trabajadores, quedando afectados no sólo los empresarios concurrentes,

(16) Con respecto al desarrollo reglamentario de este precepto del artículo 24 se ha criticado su extralimitación, pues la redacción del artículo 24 establecía la obligación de suministrar información e impartir instrucciones en todo caso, sin especificar si el empresario titular posee o no trabajadores en el centro, de modo que la norma reglamentaria ha introducido un requisito que la ley no contenía, PÉREZ CAPITÁN, L.: “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, op.cit., pág. 59.

sino también los autónomos que presten servicios en el centro (art. 9.4). Se recuerda de nuevo que las medidas expresadas serán de aplicación a todas las empresas y trabajadores autónomos que desarrollen sus actividades en el centro de trabajo, de modo que de nuevo el trabajador autónomo se convierte en sujeto obligado y beneficiado por la adopción de las medidas preventivas.

5. OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA CONCURRENCIA DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES CUANDO EXISTE UN EMPRESARIO PRINCIPAL, EN PARTICULAR, LAS CONTRATAS

Si el empresario principal es al mismo tiempo empresario titular del centro de trabajo, está obligado a cumplir las medidas relativas al deber de cooperación y a la emisión de la información suficiente y precisa, así como a las instrucciones adecuadas a los riesgos existentes, en los términos establecidos en los arts. 4, 7 y 8 del RD 171/2004. Al empresario principal se le atribuye por el art. 24.3 LPRL un deber de vigilancia respecto del cumplimiento por parte de contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales. El supuesto desencadenante de esta obligación es la existencia de contrata y/o subcontratas de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, en los términos ya conocidos por el Derecho del Trabajo (art. 42 LET), y que tales obras o servicios se desarrollen en el propio centro de trabajo de la empresa principal (art. 10.1 RD 171/2004), por lo tanto, la norma reglamentaria no será de aplicación en aquellos supuestos en los que los trabajadores de las empresas contratistas no desarrollen su actividad en el centro de trabajo de la principal.

Este deber de vigilancia lo desarrolla la norma reglamentaria en los siguientes términos:

a) **Comprobación**, mediante acreditación por escrito, **antes del inicio de la actividad en su centro de trabajo**, del cumplimiento por las contratistas y subcontratistas de la evaluación y planificación de su actividad preventiva, en relación con las obras y servicios contratados. La norma reglamentaria vuelve a la terminología propia de la LPRL anterior a la reforma. Más adecuado hubiera sido proyectar el deber de comprobación sobre el Plan de prevención de cada contratista, puesto que ésa es la nueva exigencia que establece la Ley 54/2003 (Plan que integra la evaluación y la planificación); hay, por tanto, un desajuste en la utilización de términos jurídicos adecuados a la nueva realidad que pretende ordenarse con la reforma. Se pretende con ello que la empresa principal se asegure de que las auxiliares cuentan con los instrumentos esenciales para la gestión de la prevención.

b) **Comprobación**, mediante acreditación por escrito, del deber que asiste a las empresas contratistas y subcontratistas **de información y formación** respecto de los trabajadores que van a prestar servicios en su centro de trabajo (este deber, a su vez, se despliega de cada contratista respecto de sus propios subcontratistas).

c) **Comprobación** acerca de que todas las contratistas y subcontratistas han establecido los **medios de coordinación** entre ellas, parece razonable que sea antes del inicio de las acti-

vidades y que sea por escrito, del mismo modo que se exige la forma escrita en los dos deberes de comprobación anteriores.

La redacción de este precepto recuerda bastante a la redacción del art. 42.1 LET: el mecanismo de atribución de la obligación, y la consecuente responsabilidad en caso de incumplimiento, es el mismo. Ahora bien, queda por determinar si su deber de vigilancia se entiende cumplido con la acreditación por escrito de que el plan existe, las informaciones han sido emitidas, la formación impartida y la coordinación establecida¹⁷, y todo ello con carácter periódico, como se deriva del hecho de tratarse de obligaciones continuadas, es decir, ¿se extiende también su responsabilidad a la vigilancia del cumplimiento del plan y de la normativa en prevención de riesgos laborales o ése es un deber configurado exclusivamente a cargo de cada una de las contratistas, tal y como parece deducirse del hecho de que tanto en información y formación, como en evaluación de riesgos y planificación cada una de las contratistas debe exigir a las subcontratistas las acreditaciones y entregarlas al empresario principal?

Se hace responsable al empresario principal de la vigilancia y comprobación del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales con respecto tanto a sus contratistas, como a sus subcontratistas, de modo coherente con la responsabilidad establecida en el art. 42 LET y en el propio art. 24 LPRL, así como en el propio art. 42.3 LISOS, según recuerda, además, el párrafo 4º del art. 10 del RD, en tanto contiene una remisión expresa al art. 42.3 LISOS, lo cual supone colocarse en línea con un panorama normativo que pretende reducir a toda costa los accidentes de trabajo, pero, al mismo tiempo, tal y como se expondrá más adelante, puede suponer una medida desincentivadora el hecho de extender la responsabilidad solidaria a la empresa principal con carácter general y derivada de cualquier hecho que se produzca.

**SE HACE RESPONSABLE
AL EMPRESARIO PRINCIPAL
DE LA VIGILANCIA Y
COMPROBACIÓN DEL
CUMPLIMIENTO DE
LA NORMATIVA EN MATERIA
DE PREVENCIÓN DE
RIESGOS LABORALES CON
RESPECTO TANTO A SUS
CONTRATISTAS, COMO A
SUS SUBCONTRATISTAS**

6. SOBRE LOS DENOMINADOS “MEDIOS DE COORDINACIÓN”

El deber de cooperación se cumple estableciendo los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales que se consideren necesarios y pertinentes, para lo cual el Capítulo V

(17) PÉREZ CAPITÁN, L.: “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, *op. cit.*, pág. 61.

del RD 171/2004 establece una relación no exhaustiva de diversas medidas con base en las cuales puede éste llevarse a cabo.

El Reglamento contiene una relación de medios de coordinación entre empresas concurrentes, tanto cuando hay empresario titular del centro, como cuando existe empresario principal, adelantándose en advertir que no es una relación exhaustiva, sino –habrá que concluir– meramente indicativa, de modo que la propia empresa (art. 11 RD), pero también la negociación colectiva (art. 11 RD y art. 2.2 LPRL) y sin perjuicio de lo establecido legalmente para determinados sectores y actividades, podrían establecer otros medios acordes con el tipo de centro de trabajo y de actividades empresariales concurrentes.

Los criterios establecidos por la norma para una correcta y eficaz determinación de los medios de coordinación son el grado de peligrosidad de las actividades, el número de trabajadores de las empresas presentes en el centro de trabajo y la duración de la concurrencia de actividades desarrolladas por tales empresas.

Destaca la creación de la figura del coordinador de las actividades preventivas¹⁸ como una de las formas de llevar a cabo el deber de cooperación en la prevención de los riesgos laborales. La regulación que los arts. 13 y 14 RD 171/2004 le dedican es extensa y pormenorizada, señala cuándo se considera medio de coordinación preferente y cuándo debe ser designado, quién puede ser designado coordinador de actividades preventivas y cuáles serán sus funciones. Sin embargo, no se desarrolla el régimen de responsabilidad del coordinador¹⁹, excepto en el sector de la construcción, donde la LISOS tipifica como infracción grave el incumplimiento por parte de los coordinadores en materia de seguridad y salud de sus obligaciones establecidas en el RD 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra, así como el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales, distintas de las enumeradas en el RD 1627/1997, cuando tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra²⁰.

La norma reglamentaria señala, entre otros posibles medios de coordinación, los siguientes:

- a) Intercambio de información y de comunicación entre empresas concurrentes.
- b) Celebración de reuniones periódicas entre las empresas concurrentes.

(18) Ya destaca la oportunidad y fortuna de su creación VAL ARNAL, J.: “Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación”, en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales*. El outsourcing, op. cit., pág. 174.

(19) En cualquier caso, la responsabilidad del coordinador no eximirá de su responsabilidad al empresario titular, contratistas o subcontratistas, y trabajadores autónomos, VAL ARNAL, J.: “Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación”, en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales*. El outsourcing, op. cit., pág. 176.

(20) Como una medida necesaria la aconseja VAL ARNAL, J.: “Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación”, en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales*. El outsourcing, op. cit., pág. 173.

Coordinación de actividades empresariales en materia preventiva

- c) Reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, de los empresarios respectivos con sus delegados de prevención.
- d) Impartición de instrucciones (por la titular del centro a las concurrentes)
- e) Establecimiento conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro que puedan afectar a los trabajadores de las concurrentes.
- f) Establecimiento de procedimientos o protocolos de actuación en relación con riesgos propios del centro.
- g) Presencia en el centro de recursos preventivos propios de las empresas concurrentes.
- h) Designación de la persona o personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas.

Es de destacar el carácter pobre y poco escaso de la relación de medios de coordinación, que para la ley son el mecanismo destinado a constituir el modo de prevenir los riesgos laborales y controlar, fundamentalmente, la producción de accidentes de trabajo. Los medios de coordinación relativos a la celebración de reuniones conjuntas y al intercambio de información no aportan nada nuevo, al estar ya presentes en la propia regulación de la LPRL (art. 39.3) o al formar parte de los deberes de colaboración impuestos por la ley. La apuesta más decidida la constituyen los dos últimos posibles mecanismos mencionados: la presencia de recursos preventivos en el centro de trabajo, con lo que se pretende la presencia física de uno o varios trabajadores o miembros de los servicios de prevención para garantizar el cumplimiento de la actividad preventiva, y la creación de la figura del coordinador de actividades preventivas, que parece configurarse como un técnico “superqualificado” bajo cuya responsabilidad recae la planificación de la actividad preventiva global del lugar o espacio de trabajo.

La **iniciativa** para establecer los medios de coordinación corresponde al empresario titular del centro de trabajo o, en caso de que no tenga trabajadores empleados en el centro de trabajo, al empresario principal (art. 12.1 RD), debiendo actualizarlos cuando resulten inadecuados para el cumplimiento de los fines a que se refiere el art. 3 del RD. Como es natural, sólo una vez recibida la información sobre los riesgos existentes y concurrentes, y acreditada la adopción de las medidas preventivas exigidas podrá tomarse la decisión de elegir o establecer los medios de coordinación más adecuados a las circunstancias de cada centro de trabajo. Por otro lado, la norma reglamentaria no deja de conceder cierto margen a la libertad de los empresarios, ya que no están sujetos más que a sus propios criterios a la hora de decidir los medios de coordinación que consideren más adecuados a su organización, aunque deben ser los adecuados para alcanzar los objetivos indicados en función del tipo de proceso y actividades afectados²¹; se pondrán en marcha antes del

(21) PÉREZ CAPITÁN, L.: “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, op. cit., pág. 62.

inicio de las actividades por las empresas concurrentes y se actualizarán en función de las circunstancias concurrentes (el cierre o apertura de nuevo negocio afectará, sin duda, al diseño establecido de los medios de coordinación, nueva información, nuevos riesgos).

También se configuran deberes en este punto para las empresas concurrentes, en concreto, informar a sus respectivos trabajadores sobre los medios de coordinación establecidos, así como los datos de identificación de los recursos preventivos o personas encargadas de la coordinación de actividades cuando éstos hayan sido designados como medios de coordinación (art. 12.3 RD).

La presencia de los recursos preventivos remite a la regulación del nuevo art. 32 bis.1 LPRL. Su puesta en marcha no dependerá de la voluntad exclusiva de los empresarios concurrentes, sino que se considerará medio de coordinación obligatorio siempre que se dé alguna de las circunstancias previstas en la norma: cuando se realicen actividades o procesos reglamentariamente considerados peligrosos o con riesgos especiales, cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas y muy especialmente cuando el desarrollo sucesivo o simultáneo de diferentes operaciones pueda agravar o modificar los riesgos, siendo necesario el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo. En el sector de la construcción, la exigencia de la presencia física de los recursos preventivos se aplicará a cada contratista (Disposición Adicional Decimocuarta LPRL).

Mientras que con respecto a **la designación de personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas** (expresión descriptiva que se utiliza para evitar su confusión con los Coordinadores de seguridad y salud en el sector de la construcción), la norma reglamentaria simplemente señala que constituye medio de coordinación preferente siempre y cuando concurren dos o más de las siguientes condiciones (no se entiende por qué no basta con que se produzca, al menos, una de ellas, ya que son bastante relevantes) en la actividad empresarial concurrente en un mismo centro (art. 13 RD), por lo que, en este caso su elección sí depende de la exclusiva voluntad del empresario titular del centro:

- a) Realización de actividades o procesos reglamentariamente considerados peligrosos o con riesgos especiales.
- b) Generación de riesgos graves o muy graves que deriven de especial dificultad para controlar interacciones de las diferentes actividades desarrolladas.
- c) Realización de actividades incompatibles entre sí, desde la perspectiva de la seguridad y salud de los trabajadores, de forma simultánea o sucesiva, que debe tratar de evitarse.
- d) Concurrencia de circunstancias de especial complejidad para la coordinación, atendiendo al número de empresas y trabajadores concurrentes, al tipo de actividades desarrolladas y características del centro de trabajo.

Cuando existan razones técnicas u organizativas que lo justifiquen este medio de coordinación consistente en la designación de una o más personas encargadas de las actividades preventivas podrá ser sustituido por cualquier otro apto desde el punto de vista de sus objetivos (art. 13.2 RD). Cuestión por resolver es a qué se está refiriendo la norma con la expresión “razones técnicas u organizativas”, ya que en el ordenamiento jurídico laboral esta expresión suele estar relacionada con razones de viabilidad empresarial desde el punto de vista de la competitividad de las empresas. Las causas técnicas, a situaciones de obsolescencia total o parcial del sistema tecnológico utilizado por la empresa que aconseja la renovación de su aparato productivo, y las organizativas, a las decisiones empresariales tendentes a ajustar la estructura de la empresa, medios personales y materiales, a las líneas de producción que desarrolla, de modo que se produzca una organización más racional de los recursos productivos²². Ninguna de estas razones está en la base de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, ni de la coordinación de las actividades empresariales en orden a un control o evitación de la producción de accidentes de trabajo en las estructuras organizativas complejas.

Otra cuestión de no menor importancia la constituye el número de personas designadas. En este punto, la ordenación jurídica vuelve a ser raquítica hasta el punto de dar la impresión de no creer demasiado en esta figura, contemplando su posible sustitución por otro medio de coordinación.

La **designación de estas personas** corresponde a la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en él (art. 1.3.3 RD)²³, sin que se establezca quién tiene esta competencia cuando el empresario titular no es empleador²⁴. Las personas que pueden desarrollar tal ocupación son:

a) Uno o varios trabajadores designados para el desarrollo de las actividades preventivas, nombrados a tal efecto por el empresario titular o por los demás concurrentes (en consonancia

**LA INICIATIVA PARA
ESTABLECER LOS MEDIOS
DE COORDINACIÓN
CORRESPONDE AL
EMPRESARIO TITULAR
DEL CENTRO DE TRABAJO
O, EN CASO DE QUE NO
TENGA TRABAJADORES
EMPLEADOS EN EL
CENTRO DE TRABAJO, AL
EMPRESARIO PRINCIPAL**

(22) Vid. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y ROQUETA BUJ, R.: “Las llamadas causas económicas, técnicas, organizativas o productivas”, *Documentación Laboral*, núm. 51, págs. 33 a 59.

(23) Aconsejaba VAL ARNAL, J.: “Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación”, en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, op. cit., pág. 175, que fueran consultados en su designación los representantes de los trabajadores en materia preventiva o el Comité de Seguridad y Salud.

(24) Por analogía, se ha defendido la aplicación del artículo 12.1 del RD, que otorga la iniciativa al empresario principal cuando el empresario titular no ocupa trabajadores en el centro, LLANO SÁNCHEZ, M.: “El Reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, op. cit., pág. 1.566.

con el deber que en este sentido establece el Reglamento de los Servicios de Prevención, RD 1997, de 17 de enero, en su art. 12, esto es, trabajadores que son designados a este fin cuando no asume el propio empresario el desarrollo de actividades preventivas o no lo organiza a través de un servicio de prevención propio o ajeno).

b) Uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa titular del centro o de las demás concurrentes.

c) Uno o varios miembros del servicio ajeno concertado por la titular o por las concurrentes.

d) Uno o varios trabajadores de la empresa titular o de las concurrentes que no siendo susceptible de extraerse de los supuestos anteriores, sin embargo, tenga la cualificación profesional, conocimientos y experiencia suficientes. Aquí la redacción del Reglamento es confusa porque remite a una cualificación (conocimientos, cualificación y experiencia) necesaria en las actividades a que se refiere el apartado 1 (art. 13.2, apartado d), siendo que en dicho apartado se hace referencia a qué supuesto exige designación de personas para la coordinación de actividades. Hubiera sido más adecuado y eficaz hacer alusión a la titulación con que deben contar dichos trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales.

e) Cualquier otro trabajador de la empresa titular (no de las concurrentes) que por su posición en la estructura jerárquica de la empresa, así como por las funciones técnicas que desarrolle en relación con los procesos de producción desarrollados en el centro, esté capacitado para la coordinación de las actividades empresariales.

f) Una o varias personas de empresas dedicadas a la coordinación de actividades preventivas que reúnan las competencias, conocimientos y cualificación necesarios en las actividades a que se refiere el apartado 1 (externalizando así el deber de coordinación de actividades empresariales concurrentes en un mismo centro de trabajo. De todas estas personas se predica el deber de colaborar con los recursos preventivos de los empresarios concurrentes en un mismo centro de trabajo).

Esta nueva ordenación que afecta a la coordinación de actividades empresariales provocará, sin duda, conflictos serios derivados de la dificultad de precisar el contenido y alcance de sus funciones. En sectores como el de la construcción convivirán estructuras tan diversas como los servicios de prevención, los recursos preventivos, el coordinador de seguridad y el coordinador de actividades preventivas. Todo ello pone de manifiesto un afán por crear figuras novedosas y órganos nuevos, pero tal y como están diseñados puede producirse, precisamente, el efecto contrario al buscado, esto es, la proliferación de personas u órganos con responsabilidades en materia de prevención que sin una adecuada coordinación en sus funciones y competencias puede conducir a la dejación y abandono de las que a cada uno de ellos le son propias.

La proliferación de órganos o de miembros designados a los efectos de coordinar las medidas inherentes a la seguridad y salud de los trabajadores en los centros de trabajo no parece una opción adecuada, ya que entraña una grave dificultad de control en relación con las funciones y competencias que cada uno tiene atribuidas. No habría que descartar la concentración de funciones de vigilancia y control en órganos específicos, lo que, a este fin, podría llevarse a cabo con un robustecimiento de funciones de los recursos preventivos, así como con una ampliación de supuestos en los que deben estar presentes.

Es por esa razón por la que el propio RD se ve en la necesidad de establecer, en primer lugar, la obligación de colaboración entre las personas encargadas de la coordinación de actividades y los recursos preventivos de los empresarios concurrentes (art. 13.3 *in fine*), y, en segundo lugar, advertir de que cuando los recursos preventivos deban estar presentes en el centro de trabajo, podrán ser igualmente encargados de la coordinación de actividades preventivas (art. 13.4 RD), sólo si se trata de las personas previstas en los párrafos a) a d) del apartado anterior y siempre que ello sea compatible con el cumplimiento de la totalidad de las funciones que tuviera encomendadas. Esto es, trabajadores sobre los que hubiera recaído el desarrollo de actividades preventivas, miembros de los servicios de prevención, propios o ajenos, o cualquier otro trabajador que tengan los conocimientos, experiencia y cualificación necesarios en las actividades en las que el coordinador se considera medio preferente²⁵. Ésa, probablemente, debió ser la solución genérica y no la excepcional (reconducida, además, a los cuatro primeros supuestos señalados en relación con la necesidad de designar personas encargadas de la coordinación): obligatoriedad de la presencia de recursos preventivos y dotación consiguiente de amplios poderes de actuación en materia preventiva hubiera sido una solución más simple, pero, probablemente, más eficaz.

En cuanto a las funciones asignadas a las personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas habría que señalar algunos aspectos críticos que la ordenación reglamentaria merece.

El Reglamento establece una lista con funciones reducidas (art. 14), de modo que poco invita a la convicción en torno a la necesidad de crear este nuevo instrumento, reducido a una actuación de escasa trascendencia desde el punto de vista de la eficacia directa que de su actuación puede inferirse. Parece claro el papel relevante que puede cumplir la negociación colectiva en este punto, intentando corregir la parquedad de la redacción legal, así como la posible discrecionalidad empresarial para determinar las funciones del coordinador. Tales funciones vienen reglamentariamente establecidas en las siguientes:

- a) Favorecer el cumplimiento de los objetivos de la coordinación.
- b) Servir de cauce para el intercambio de las informaciones que están obligadas a suministrarse las empresas concurrentes.

(25) VALARNAL, J.: "Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación", en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, op. cit., pág. 175. Vid. PÉREZ CAPITÁN, L.: "El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero", op. cit., pág. 65.

c) Otras encomendadas por el empresario titular del centro (espacio en el que la autonomía colectiva puede contribuir a ampliar el catálogo de funciones)²⁶.

Como facultades de las que podrán disponer a efectos de un adecuado ejercicio de sus funciones, se señalan:

a) Conocer las informaciones que deban intercambiarse las empresas concurrentes u otra documentación necesaria para ejercitar sus funciones.

b) Acceder a cualquier zona del centro de trabajo.

c) Impartir las instrucciones necesarias a las empresas concurrentes (y que, en última instancia, son de responsabilidad de la empresa titular del centro).

d) Proponer a las empresas concurrentes la adopción de medidas preventivas.

De estas personas se exige, asimismo, “la presencia en el centro de trabajo durante el tiempo que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones” (art. 14.3 RD), lo cual vuelve a poner de manifiesto la posible superposición con funciones propias de los recursos preventivos.

Éste es uno de los aspectos más importantes de la ordenación jurídica teñida de solapamiento entre diferentes figuras. De una parte, el nuevo art. 32 bis LPRL señala que la presencia de los recursos preventivos es obligatoria, entre otros casos, cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, “por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo” [art. 32 bis.1.a)], es decir, está contemplando, precisamente, el supuesto de realización simultánea de actividades en distinto o en un mismo lugar o centro de trabajo. La razón por la cual se requiere la presencia de recursos preventivos no es otra que la concurrencia de operaciones diversas desarrolladas sucesiva o simultáneamente, supuesto este último que coincide con las contratas o grandes superficies (centro de trabajo con varias actividades empresariales concurrentes).

Lo anterior pone de manifiesto que por la concurrencia simultánea de varias actividades deberán estar presentes los recursos preventivos y las personas encargadas de la coordinación de actividades preventivas. A ello añádase que si la asignación de recursos preventivos es desarrollada por varias personas (servicio de prevención propio, ajeno, trabajadores

(26) VALARNAL, J.: “Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación”, en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, op. cit., pág. 176, señala además, otras posibles funciones, como la posibilidad de paralizar la actividad en caso de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores o terceras personas, requerimientos a las empresas concurrentes para completar, desarrollar o explicar aspectos preventivos singulares del centro de trabajo, conocer las evaluaciones de riesgos y la adopción de las medidas necesarias para que las personas autorizadas puedan acceder a las zonas de trabajo en que así se haya establecido.

designados por la propia empresa), éstos, entre ellos “deberán colaborar entre sí” (art. 32 bis.2 LPRL).

7. UNA NOTA CRÍTICA SOBRE LA CUALIFICACIÓN DE LOS RECURSOS PREVENTIVOS Y DE LAS PERSONAS ENCARGADAS DE LA COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES PREVENTIVAS

Llama poderosamente la atención la escasa exigencia de formación que esta nueva ordenación jurídica presenta en relación con quienes deben velar por la seguridad y salud en el trabajo.

Por una parte, y por lo que a los recursos preventivos se refiere, como ya se ha dicho, pueden serlo trabajadores designados por la empresa, miembros de servicios de prevención propios o ajenos con la cualificación que la actividad preventiva demande, esto es, nivel básico, medio o superior (arts. 34 y ss. y Anexos III, IV, V y VI del Reglamento 326/1997, de Servicios de Prevención). El nuevo apartado 4 del art. 32 bis LPRL (también nuevo a partir de la entrada en vigor de la Ley 54/2003), sin embargo, habilita a las empresas al nombramiento como recursos preventivos de otros trabajadores que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan conocimientos, cualificación y experiencia necesarios “y cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones de nivel básico”. Esta mínima exigencia formativa dará cobertura a actuaciones empresariales en las que el coste de los recursos preventivos y la acción que éstos desplieguen sea objeto de prácticas de abaratamiento, descartando por consiguiente la designación de recursos preventivos de servicios propios (con titulación más elevada) o de servicios ajenos (lo que supone una reducción de costes empresariales en materia de prevención).

Se ha escogido por tanto un perfil de recurso preventivo que por regla general tendrá una formación de nivel básico (véanse los contenidos de formación en Anexo IV del Reglamento de Servicios de Prevención) al que, pese al escaso nivel formativo, se le atribuyen funciones de importancia capital en la empresa. Téngase en cuenta en este sentido que la Ley 54/2003 amplía las funciones de trabajadores con cualificación de nivel básico en materia de prevención, respecto de las establecidas originalmente en el art. 35 LPRL.

LLAMA PODEROSAMENTE LA ATENCIÓN LA ESCASA EXIGENCIA DE FORMACIÓN QUE ESTA NUEVA ORDENACIÓN JURÍDICA PRESENTA EN RELACIÓN CON QUIENES DEBEN VELAR POR LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

En cambio, las personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas han sido objeto de una exigencia de mayor cualificación y formación, requiriéndose el nivel intermedio como mínimo (art. 14.4 RD 171/2004) que, como es sabido, está llamado a desaparecer en los términos en que inicialmente fue configurado por el Anexo V del Reglamento de Servicios de Prevención para dar paso a la titulación de formación profesional de Técnico en prevención de riesgos laborales.

8. NUEVO MARCO SANCIONADOR

De modo coherente con la reforma del marco normativo de la Prevención de Riesgos Laborales, el Capítulo II de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, introduce las correspondientes modificaciones en el texto de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobada por RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

Con carácter general establece que serán sujetos responsables con respecto a la coordinación de actividades, los empresarios implicados, los empresarios titulares de centros de trabajo, los promotores, los propietarios de obras y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones derivadas de la normativa de prevención de riesgos laborales, así como la nueva figura del coordinador de las actividades preventivas en las obras de construcción.

El art. 12 LISOS tipifica como infracciones graves las siguientes:

- a) No adoptar los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, o los empresarios a que se refiere el art. 24.4 LPRL, las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales (art. 12.13 LISOS).
- b) No adoptar el empresario titular del centro de trabajo las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la **información** y las **instrucciones** adecuadas sobre los riesgos existentes y las medidas de protección, prevención y emergencia en la forma y con el contenido normativamente establecido (nuevo art. 12.14 LISOS, introducido por la Ley 54/2003).
- c) Se tipifica la misma infracción como grave cuando el promotor en las obras de construcción incumpla su obligación de designar coordinadores cuando ello sea preceptivo [art. 12.24.a) LISOS].
- d) De igual modo, cuando el coordinador incumpla su obligación de presencia, dedicación o actividad en la obra, o de cualquier otra obligación, siempre que dicho incumplimiento tenga una repercusión grave en la seguridad y salud de la obra [art. 12.24.c) LISOS].

Coordinación de actividades empresariales en materia preventiva

La sanción correspondiente es la multa en cualquiera de sus grados:

- Grado mínimo: de 1.502,54 a 6.010,12 euros (de 250.001 a 1.000.000 de pesetas).
- Grado medio: de 6.010,13 a 15.025,30 euros (de 1.000.001 a 2.500.000 de pesetas).
- Grado máximo: de 15.025,31 a 30.050,61 euros (de 2.500.001 a 5.000.000 de pesetas).

Por su parte, el art. 13 LISOS tipifica como infracciones muy graves las siguientes:

- a) No adoptar los empresarios y los trabajadores por cuenta propia que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo las medidas de cooperación y coordinación necesarias para la protección y prevención de riesgos laborales, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales (art. 13.7 LISOS).
- b) La no adopción por parte del promotor o el empresario titular del centro de trabajo de las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la **información** y las **instrucciones** adecuadas, en la forma y con el alcance normativamente establecidos, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o muy peligrosas [art. 13.8.a) LISOS].
- c) Así como la falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales [art. 13.8.b) LISOS, introducido por la Ley 54/2003].

Estas infracciones se sancionan con multas en:

- Grado mínimo: de 60.050,61 a 120.202,42 euros (de 5.000.001 a 20.000.000 de pesetas)
- Grado medio: de 120.202,43 a 300.506,05 euros (de 20.000.001 a 50.000.000 de pesetas).
- Grado máximo: de 300.506,06 a 601.012,10 euros (de 50.000.001 a 100.000.000 de pesetas).

Se ha señalado con respecto a las infracciones referidas que la existencia de numerosos términos jurídicamente indeterminados, como instrucciones adecuadas, información suficiente, o la exigencia de que la información se presente por escrito en los casos de riesgos graves o muy graves, sin que se haya establecido aún reglamentariamente cuándo existe tal gravedad, exigirá para la imputación de responsabilidad un análisis de las circunstancias de cada caso, del centro y los riesgos existentes en el mismo, recomendándose

tener en cuenta en qué medida la información e instrucciones proporcionadas favorecen o no la consecución de los objetivos de la coordinación establecidos en el art. 3 RD²⁷.

9. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE LAS EMPRESAS IMPLICADAS

Establece el art. 42.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social la responsabilidad solidaria entre las **empresas principal y contratistas y subcontratistas** a que se refiere el art. 24.3 LPRL, durante el tiempo que dure la contrata, del cumplimiento de las obligaciones impuestas por dicha ley en relación con los trabajadores que contratistas y subcontratistas ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal²⁸.

Además, se establece la nulidad de los pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en este apartado (introducido por la Ley 54/2003, de 12 de diciembre).

Los requisitos a los que se sujeta el mecanismo de la solidaridad son, por tanto, los tres siguientes: la infracción debe haberse cometido en el centro de trabajo de la empresa principal, por supuesto, entendido en los términos reglamentaria y jurisprudencialmente establecidos; durante la vigencia de la contrata y siempre que ambas empresas, contratante y contratista, se dediquen a la misma actividad²⁹.

Declarada la responsabilidad de la empresa contratista por incumplimiento de sus obligaciones en materia de prevención, ello llevará consigo la responsabilidad solidaria de la principal en las consecuencias del accidente. Es jurisprudencia consolidada que esta responsabilidad solidaria se extiende a las responsabilidades de todo orden, incluido el recargo de prestaciones³⁰, excepto las penales y a toda la cadena de contratistas y subcontratistas. Sin embargo, dado que el art. 10.1 RD 171/2004 contempla como requisito del deber de vigilancia y, consecuentemente, de las posibles responsabilidades que se generen, que las obras o servicios contratados se desarrollen en el propio centro de trabajo de la empresa principal, se ha advertido sobre este extremo que la responsabilidad solidaria sólo será posible esta-

(27) LLANO SÁNCHEZ, M.: "El Reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales", *op. cit.*, pág. 1.557.

(28) Vid. VAL ARNAL, J.: "Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación", en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, *op. cit.*, págs. 180 a 181.

(29) Vid. un análisis de estos requisitos, con especial dedicación al ámbito de la construcción, en PÉREZ CAPITÁN, L.: "La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho Sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo (un análisis del artículo 42.3 LISOS)", *Justicia Laboral*, núm. 12, 2002, págs. 28 a 33.

(30) Vid. la STS de 22 de noviembre de 2002 (Ar. 520, 2003), que estima que la responsabilidad deriva, no de la existencia de la contrata, sino de la obligación de seguridad del empresario con respecto a todos los que prestan servicios en el espacio físico o geográfico bajo su control.

blecerla entre el empresario principal y el concreto contratista o subcontratista que haya cometido la infracción³¹.

Este precepto debe ponerse en relación con el alcance del deber de vigilancia del art. 10 del RD 171/2004³² y que a tenor de lo aquí establecido, se regula en los términos más amplios posibles, de carácter general, hasta llegar a la generación de responsabilidad, no sólo propia, sino solidaria entre todas las empresas con trabajadores presentes en el centro de trabajo.

La configuración de este tipo de responsabilidad, solidaria, supone, según se ha expresado, vaciar de contenido el deber de vigilancia del empresario principal, ya que se le hace responsable en cualquier caso, haya vulnerado o no su deber de vigilancia, al mismo tiempo que “exonera” de responsabilidad en cierto modo a contratistas y subcontratistas, en tanto que de sus incumplimientos responderá siempre el empresario principal³³. Contrariamente, también se ha señalado que si la norma reglamentaria introduce el requisito de que los contratistas o subcontratistas desarrollen su actividad en el propio centro de trabajo de la empresa principal, ello permite concluir que el empresario titular o comitente no va a tener dificultad para el control sobre contratistas o subcontratistas, y puesto que él mismo debe haber cumplido con sus obligaciones en la materia, “su conocimiento sobre los riesgos del centro de trabajo sirve para fundamentar la asunción del grado de responsabilidad que le impone la norma en cuanto empresario que para su propia actividad, para su mismo proceso productivo, en lugar de ampliar plantilla utiliza temporalmente otra plantilla externa

**DECLARADA
LA RESPONSABILIDAD DE
LA EMPRESA CONTRATISTA
POR INCUMPLIMIENTO DE
SUS OBLIGACIONES EN
MATERIA DE PREVENCIÓN,
CONLLEVARÁ
LA RESPONSABILIDAD
SOLIDARIA DE
LA PRINCIPAL EN
LAS CONSECUENCIAS DEL
ACCIDENTE**

(31) GARCÍA NINET, J. I.: “Breves notas y exposición subrayada (con pretensiones meramente didácticas) del RD 171/2004, de 30 de enero (BOE del 31), por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (segunda parte)”, *Tribuna Social*, núm. 160, abril, 2004, pág. 7. MIÑARRO YANINI, Y.: “La prevención de riesgos laborales en las contratas y subcontratas”, *DL*, núm. 68, 2003, pág. 107. Por el contrario, entiende LLANO SÁNCHEZ, M.: “El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, *op. cit.*, pág. 1.562, que la responsabilidad solidaria debe recaer también sobre los contratistas intermedios.

(32) En parecido sentido, *vid.* VAL ARNAL, J.: “Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación”, en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, *op. cit.*, pág. 180.

(33) PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: “La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2004, pág. 70.

(34) GARCÍA NINET, J. I.: “Breves notas y exposición subrayada (con pretensiones meramente didácticas) del RD 171/2004, de 30 de enero (BOE del 31), por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales (segunda parte)”, *op. cit.*, pág. 6. Añadidamente, en la discusión sobre el fundamento y alcance de la responsabilidad solidaria, se ha introducido la idea de una solidaridad “atenuada” tomando en consideración factores de “control” y de “exposición al riesgo”: aunque el empresario contratista expone a los trabajadores a situaciones de riesgo es probable que no siempre las origine directamente ni las controle, de modo que no pueda desarrollar la actividad preventiva correspondiente; en tales casos se propone una responsabilidad directa y exclusiva del empresario infractor, esto es, del empresario principal, *vid.* CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: *El régimen jurídico sancionador en prevención de riesgos laborales*, Ed. La Ley, Madrid, 2001, p. 283.

y la interna en su propio centro de trabajo”³⁴. Una interpretación sistemática de la norma reglamentaria, así como ciertos pronunciamientos jurisprudenciales³⁵, aconsejan entender que no parece razonable con el propio establecimiento del deber de vigilancia imputar responsabilidad en caso de cumplimiento del mismo³⁶. Será necesario que se atienda al principio de culpabilidad y exigir un incumplimiento empresarial de su deber de vigilancia³⁷.

El supuesto desencadenante de la responsabilidad solidaria³⁸ entre todas las empresas implicadas en caso de incumplimientos de la normativa en prevención de riesgos laborales es la contratación y subcontratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal que se desarrollen en su propio centro de trabajo. La jurisprudencia ha sido la encargada de analizar el significado de la expresión “propia actividad” de la empresa principal y ha elaborado una compleja, pero ya consolidada doctrina que, al margen de generalidades y sin que pueda establecerse una fórmula segura para resolver todos los casos, puede resumirse del siguiente modo: se entiende que una actividad pertenece a la propia actividad de la empresa principal si encaja o pertenece a su ciclo productivo, incluso si se trata de una actividad complementaria, pero indispensable, de tal modo que quedarían fuera de la expresión y, por lo tanto, fuera de la responsabilidad solidaria, las contrataciones que se refieran a actividades complementarias pero que la empresa principal necesita sólo ocasionalmente, o bien, que son predicables de cualquier actividad empresarial, como por ejemplo, el mantenimiento general o los servicios de vigilancia o limpieza. En cualquier caso habrá que proceder al análisis de cada una de las situaciones y al estudio de los indicios jurisprudencialmente establecidos³⁹.

En el debate científico existente se constata, asimismo, una generalizada tendencia a encuadrar la expresión “propia actividad” del art. 24.2 LPRL bajo los términos, parámetros y condiciones de la “propia actividad” a que se refiere el Estatuto de los Trabajadores (art. 42.1), por lo que la realidad fáctica objeto de regulación “es la misma”⁴⁰.

(35) Vid. STS de 26 de enero de 2002 (Ar. 7330).

(36) Una posición crítica al respecto ha puesto de manifiesto que en el terreno de las sanciones administrativas se responde ante el Estado por la comisión de una infracción que lleva aparejada sanción; la sanción pública necesariamente ha de individualizarse y, por consiguiente, es preciso que el sujeto imputado tenga participación en los hechos y sea declarado culpable, por lo cual la responsabilidad que las normas administrativas califican de solidaria es en realidad una responsabilidad plural que puede extenderse a varios sujetos, GARCÍA MURCIA, J.: *Responsabilidades y Sanciones en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo* (3ª edic.), Thomson-Aranzadi, 2003, págs. 195 a 198.

(37) VAL ARNAL, J.: “Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación”, en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, op. cit., pág. 181. LLANO SÁNCHEZ, M.: “El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales”, op. cit., pág. 1.561.

(38) Sobre la extensión de la responsabilidad solidaria también al recargo de prestaciones, vid. VAL ARNAL, J.: “Deberes de seguridad y salud laboral y externalización de actividades empresariales: la coordinación”, en RIVERO LAMAS, J.: *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, op. cit., págs. 184 a 185.

(39) Sobre una posible superación del requisito de la propia actividad como hecho desencadenante de la responsabilidad empresarial en materia de prevención de riesgos laborales, vid. PÉREZ CAPITAN, L.: “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2003, de 30 de enero”, op. cit., pág. 55.

(40) Por todos, GOERLICH PESET, J. Mª.: “Coordinación de actividades empresariales...”, op. cit., pág. 144.

10. DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La regulación del RD 171/2004 termina con el establecimiento de derechos de información y consulta a favor de los representantes de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral. En consonancia con los nuevos deberes empresariales en materia de coordinación de actividades, se robustecen las competencias y facultades de los delegados de prevención o, en su defecto, de los representantes legales de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores presten servicios en el mismo.

A) El precepto comienza señalando que los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores, serán informados cuando se concierte un contrato de prestación de obras o servicios en los términos previstos en los arts. 42.4 y 5 y 64.1.1º LET⁴¹. Dado que la norma no efectúa ninguna precisión más al respecto, habrá que interpretar que la empresa obligada a suministrar la información será cualquiera que pretenda realizar la contrata o subcontrata, con independencia de que pertenezca la obra o servicio a su propia actividad y tanto si se ejecuta dentro como fuera de su centro de trabajo. Y los representantes de los trabajadores receptores de la información serán todos, los de la empresa contratante y los de la contratista.

B) Con respecto exclusivamente a los casos de concurrencia de actividades en un mismo centro de trabajo, se establece que los delegados de prevención o, en su defecto, los representantes legales de los trabajadores, de la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores desarrollen actividades en el mismo, deberán ser consultados en los términos del art. 33 LPRL (el empresario deberá consultar con los trabajadores y con la debida antelación, la adopción de las decisiones relativas a diversas materias que pueden afectar a la seguridad y salud de los trabajadores) y en la medida en que repercuta sobre la seguridad y la salud de los trabajadores por ellos representados, sobre la organización del trabajo en el centro derivada de la concurrencia en el mismo de otras empresas.

C) Asimismo, los delegados de prevención, o los representantes legales de los trabajadores, de la empresa titular del centro de trabajo cuyos trabajadores presten servicios en él podrán, en los términos del art. 36 LPRL, acompañar a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social en las visitas y verificaciones en el centro de trabajo, ante los que podrán efectuar las observaciones que estimen oportunas; realizar visitas al centro para comprobar el cumplimiento de la normativa en materia de coordinación de actividades empresariales, para lo cual estarán facultados para acceder a cualquier zona del centro de trabajo y comunicarse durante la jornada con los delegados de prevención o representantes legales de las empresas concurrentes o, en su defecto, con los propios trabajadores, sin perturbar el normal desarrollo del proceso productivo; recabar de su empresario la adopción de medidas preventivas, para lo cual podrán efectuar propuestas al Comité de Seguridad y Salud en la materia y, finalmente, podrán dirigirse a los coordinadores de las actividades preventivas

(41) Con carácter previo a la celebración de la contrata, LLANO SÁNCHEZ, M.: "El reglamento de prevención de riesgos laborales en materia de coordinación de actividades empresariales", *op. cit.*, pág. 1.569.

para proponer la adopción de medidas para la prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes.

Conviene señalar que sólo son beneficiarios de estas nuevas facultades los representantes de los trabajadores de la empresa titular del centro de trabajo que tenga trabajadores empleados en el mismo, por tanto, no los representantes de los trabajadores de las empresas concurrentes, que verán su papel en materia de coordinación de actividades empresariales reducido a una posición de meros espectadores, a salvo en todo caso de lo que la negociación colectiva pueda regular al respecto.

Con respecto al Comité de Seguridad y Salud se reitera, porque ya estaba establecido en el art. 39.3 LPRL, la posibilidad de acordar reuniones conjuntas del Comité de Seguridad y Salud o, en su defecto, del empresario, con los Delegados de Prevención u otras medidas de actuación coordinada cuando se considere necesario para un mejor y más eficaz establecimiento de las medidas de coordinación. No se trata de una obligación, sino una facultad. Pero parece razonable entender que debe consultarse con el Comité de Seguridad y Salud cuestiones como la decisión sobre la adopción de los medios de coordinación, la valoración de su eficacia o la conveniencia de proceder a su actualización o modificación.

11. APLICACIÓN PREFERENTE PARA OBRAS DE CONSTRUCCIÓN DEL REAL DECRETO 1627/2004 SOBRE DISPOSICIONES MÍNIMAS DE SEGURIDAD Y SALUD EN LAS OBRAS DE CONSTRUCCIÓN

El RD 171/2004 señala que las obras de construcción se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, de modo coherente con el principio de especialidad y la regulación contenida en esta norma⁴². Sin embargo, la norma reglamentaria dispone la aplicación de determinadas especialidades en la materia.

Las disposiciones específicas contenidas en el RD 171/2004 para las obras de construcción son las siguientes:

A) El deber de información del art. 7 del RD se entenderá cumplido por el promotor mediante la elaboración del estudio de seguridad y salud o el estudio básico, en los términos de los arts. 5 y 6 del RD 1627/1997. Por lo tanto, se identifica al empresario titular del centro de trabajo con la figura del promotor y la obligación de información se plasma en el estudio de seguridad.

(42) Vid. sobre la materia FERNÁNDEZ DOCAMPO, M^a.B.: *Seguridad y Salud Laboral en las obras de construcción: obligaciones y responsabilidades*, Thomson-Aranzadi, 2003. BENEYTO CALABUIG, D., CATALÁ ALÍS, J., GÓMEZ ALCÓN, M. y TARÍN REMOHÍ, M.A.: *Prevención de riesgos laborales en las obras de construcción*, CISS-Praxis, 2001.

B) El deber de impartir instrucciones del art. 8 del RD se entenderá cumplido por el promotor mediante las emitidas por el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra cuando tal figura exista o, en su defecto, por la dirección facultativa. De modo que sigue identificándose la figura del promotor con la del empresario titular del centro de trabajo.

C) El sujeto responsable de las medidas relativas a los deberes de vigilancia y de comprobación del art. 10 del RD 171/2004 será, no el empresario principal, sino el contratista, definido según el art. 2.1.h) del RD 1627/1997, según el cual, contratista es la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. El subcontratista es definido como la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista, empresario principal, el compromiso de realizar determinadas partes o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución.

D) Los medios de coordinación utilizables serán los que se mencionan en el RD 1627/1997 y en la Disposición Adicional Decimocuarta de la LPRL. El RD 1627/1997 basa la coordinación en las figuras del coordinador de seguridad y salud durante el proyecto de la obra (será un técnico designado para coordinar, durante la fase del proyecto de obra, la aplicación de los principios mencionados en el art. 8) y el coordinador de seguridad y salud durante la ejecución de la obra (será el técnico competente integrado en la dirección facultativa designado para llevar a cabo las tareas mencionadas en el art. 9). Establece el art. 3 de la citada norma reglamentaria que cuando en el proyecto de obra intervengan varios proyectistas el promotor designará un coordinador en materia de seguridad y salud durante la elaboración del mismo, mientras que cuando en la ejecución intervenga más de una empresa, o una empresa y trabajadores autónomos o diversos trabajadores autónomos, el promotor deberá designar un coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra antes de su inicio o tan pronto como se constate la circunstancia de la concurrencia de empresarios o trabajadores autónomos. Habrá de interpretarse que cuando no se den estas circunstancias, los medios de coordinación serán los establecidos en el RD 171/2004. Señala la norma también que ambas designaciones (coordinador de seguridad y salud durante la elaboración del proyecto y durante la ejecución de la obra)

**EN LAS OBRAS
DE CONSTRUCCIÓN,
EL SUJETO RESPONSABLE
DE LAS MEDIDAS
RELATIVAS A LOS
DEBERES DE VIGILANCIA Y
COMPROBACIÓN
DEL ARTÍCULO 10 DEL
REAL DECRETO 171/2004
NO SERÁ EL EMPRESARIO
PRINCIPAL SINO
EL CONTRATISTA**

podrán recaer en la misma persona, y que tal designación no eximirá al promotor de sus responsabilidades.

E) Por su parte, la DA Decimocuarta de la LPRL regula las peculiaridades de los recursos preventivos en las obras de construcción y señala los siguientes tres aspectos: en primer lugar, que la presencia de los recursos preventivos se aplicará a cada contratista, en segundo lugar, que en el supuesto de que los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo [art. 32 bis.1, letra a)] la presencia de los recursos preventivos de cada contratista será necesaria cuando durante la obra se desarrollen trabajos con riesgos especiales, en el sentido definido en el RD 1627/1997. En tercer y último lugar, se señala que la presencia de los recursos preventivos tendrá como objeto vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y comprobar su eficacia.

I. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Ley y Convenio colectivo. 2. Legislación estatal y Comunidades Autónomas. Cuotas colegiales. Responsabilidad del pago de deudas anteriores a las transferencias. 3. Convenio colectivo. A) Aplicación del Convenio colectivo. B) Convenios extraestatutarios. C) Interpretación del Convenio colectivo. D) Límites del Convenio colectivo. Diferencias de trato. 4. Los acuerdos empresariales. A) Valor de los Acuerdos. B) Criterios de interpretación de los Acuerdos 5. Condición más beneficiosa. 6. Absorción y compensación. 7. Autonomía de la voluntad y contrato de trabajo. 8. Doctrina jurisprudencial y constitucional. A) Funciones jurisdiccionales. B) Valor de la doctrina jurisprudencial. C) Jurisprudencia constitucional.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 2187 a J 2761).

1. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

Se plantea en la STS de 24 de diciembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2253, la posible colisión entre normas legales y convencionales y, en concreto, la interpretación del art. 140 del Convenio Colectivo de “Iberia IAE, SA” que fija la edad de cese de vuelo de los pilotos en los 60 años. Se denuncia, como motivo casacional, la violación de la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea (LNA), que atribuye a la potestad reglamentaria del Gobierno el establecimiento de la edad de cese en los servicios de vuelo de los pilotos, así como infracción de lo dispuesto en el art. 6.3 del Real Decreto 270/2000, de 25 de febrero, por el que se determinan las condiciones para el ejercicio del personal de vuelo de las aeronaves civiles, que establece los 65 años como edad de cese. Por su parte, el art. 140 del Convenio Colectivo de Pilotos de Iberia fija la edad de 60 años, por lo que esta disposición de carácter paccionado instaura una condición laboral que tiene su origen en

la autonomía colectiva y que no afecta, como luego examina la sentencia, al contenido de las disposiciones administrativas del sector aéreo ni concurre con ellas en lo que es propio de la potestad administrativa.

En el recurso se denuncia que la norma pactada colectivamente es nula por extralimitación, en cuanto ha regulado materia reservada a la Administración a través de la potestad reglamentaria que, conforme al art. 97 Constitución, corresponde al Gobierno. La Sala desestima el motivo entendiendo que la norma reglamentaria no limita al Convenio colectivo de modo que, manteniendo la norma administrativa el cese en el vuelo de los pilotos a la edad de 60 años, permite que los mismos puedan pilotar hasta los 65 años, por lo que ha de estarse a lo dispuesto en la norma pactada, no produciéndose ningún conflicto entre el Convenio y el precitado Real Decreto. Evidentemente, señala la sentencia, una y otra autonomía, individual o colectiva, están sometidos a la ley imperativa, pero en el asunto que se examina la norma administrativa que se pretende infringida no establece automáticamente la facultad de los pilotos de tripular aviones hasta los 65 años, sino que el RD 270/2000 contiene una cobertura para que los pilotos puedan volar hasta dicha edad y en el supuesto en que concurren las circunstancias y condiciones que enumera. En definitiva, la resolución establece que “en el difícil a veces equilibrio entre la ley y el convenio parece claro que la ley, de carácter necesario —e incluso el reglamento del mismo carácter— debe predominar sobre las normas paccionadas en el sentido de que éstas no puedan establecer condiciones menos beneficiosas para los trabajadores que las legales pero cuando la ley y en este caso el reglamento no contiene preceptos imperativos, sino habilitadores (...) no se produce un conflicto autónomo entre el convenio colectivo y el citado Real Decreto”.

Las relaciones entre ley y convenio y su diferente función en el ámbito del ordenamiento jurídico son objeto de tratamiento en la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003**, I.L. J 2454. La cuestión litigiosa se centra en determinar si la decisión empresarial de extinguir la relación laboral producida en septiembre de 1999 por jubilación obligatoria al cumplir la actora la edad de 65 años constituye una causa extintiva habilitante o, por el contrario, un despido. Jurídicamente, la cuestión versa sobre la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por la Ley 12/2001, reguladora de la legalidad y límites de las previsiones convencionales que imponen la jubilación forzosa de los trabajadores, así como en la doctrina emanada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000. La sentencia, recordando doctrina del Supremo anterior a la derogación operada por la precitada Ley 12/2001, establece que el Convenio colectivo puede pactar una edad de jubilación inferior a la legal siempre que el afectado reúna los requisitos para causar la prestación de jubilación. En base a lo anterior, y no discutiéndose que la trabajadora ha cumplido 65 años y reúne los requisitos de 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 Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado. Ha de destacarse que los Fundamentos Jurídicos de la sentencia señalan la capacidad del Convenio colectivo para hacer aquello

I. Fuentes del Derecho

que el legislador libremente no puede y que es lo que hace diferente una norma convenida de una norma estatal.

La STSJ de Extremadura de 21 de octubre de 2003, I.L. J 2581, resuelve sobre la pretendida impugnación de un Convenio colectivo por falta de representatividad de la Asociación interviniente como parte negociadora del acuerdo. El Tribunal fundamenta sin entrar en el fondo del asunto que no se ha probado en forma alguna dicha cuestión, incidiendo en los límites de la libertad que tienen las partes negociadoras para fijar el ámbito de aplicación del Convenio y que no es absoluta, sino con relación a la unidad negocial de que se trate y a la representatividad que es considerada por el art. 87 del ET. Lo que aquí se plantea como cuestión fundamental es si, en la negociación del convenio, se daban las condiciones de representatividad precisas para que el Convenio colectivo vincule a los empresarios de la rama de comercio y óptica. La Sala entiende que en este caso los empresarios de dicho sector estaban suficientemente representados por la asociación empresarial que negoció y firmó el Convenio. Añade la sentencia que quien pretenda la ilegalidad parcial del Convenio tiene que probar suficientemente los hechos determinantes de la misma y, en este caso, la falta de representatividad de la parte patronal que lo negoció. No habiéndose acreditado en dicha causa de reparo legal, la sentencia desestima la pretensión actora.

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

La conocida y reiterada cuestión de quién ha de responder de las deudas económicas contraídas en períodos anteriores al proceso transferencial de las competencias en materia de asistencia sanitaria es de nuevo resuelta por la STS de 24 de diciembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2264.

El Tribunal Supremo, siguiendo doctrina consolidada de la propia Sala Cuarta, da solución al problema litigioso surgido al respecto de quién ha de soportar el pago de las deudas surgidas en materia de personal estatutario del extinto INSALUD referentes a períodos anteriores a las transferencias operadas en materia sanitaria principalmente en lo que se refiere a las cuotas de colegiación. La solución viene dada, en síntesis, por la Disposición Adicional Primera de la Ley del Proceso Autonómico 12/1983, de 14 de octubre, Ley que posee la naturaleza de Ley Marco en el sentido que prevé el art. 150 de la Constitución. Dicho precepto dispone, en términos taxativos, que “la Administración estatal será responsable de los atrasos o cualesquiera indemnizaciones a los que tuviera derecho el personal por razón de su situación con anterioridad al traslado”. Dicha norma establece, como criterio de imputación de la responsabilidad del pago, el momento en que nació la obligación pendiente de satisfacer, por lo que corresponde al INSALUD el abono de las cuantías devengadas con anterioridad a las transferencias.

En este mismo sentido se pronuncian las SSTS de 15 y 19 de noviembre de 2003, de 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 15, 19, 22, 23, 24, y 26 de diciembre de 2003, Sala Cuarta, I.L.

J 2414, 2726, 2290, 2274, 2732, 2744, 2282, 2295, 2309, 2315, 2384, 2579, 2745, 2750, 2755, 2267, 2728, 2308, 2302, 2385, 2266, 2280, 2291, 2300, 2386, 2387, 2313, 2729, 2273, 2305, 2310, 2312, 2751 y 2314. Y SSTSJ de Cantabria de 2 y 3 de abril de 2003, I.L. J 2552 y 2554.

3. CONVENIO COLECTIVO

A) Aplicación del Convenio colectivo

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de septiembre de 2003, I.L. J 2331, resuelve, con estimación del recurso de suplicación, la pretensión, denegada en la instancia, de un trabajador que solicita la aplicación del Convenio colectivo de Oficinas y Despachos, siendo así que la empresa demandada le aplicó el Estatal de Jardinería, al haber sido declarado aquel Convenio nulo de pleno derecho por sentencia judicial firme. La Sala entiende que en el caso sometido a suplicación, la cuestión litigiosa que se somete a debate y resolución, es la determinación del Convenio colectivo aplicable y ello exige determinar el ámbito funcional de aplicación de los referidos convenios colectivos. Indica la Sala que una empresa no puede registrarse por diferentes convenios sino que sólo debe serlo por uno de ellos por razón de la unidad de empresa. Siendo ello así, concluye la sentencia, que declarado nulo el Convenio de Oficinas y Despachos, y no constando que se haya negociado otro, éste despliega eficacia de ultraactividad, no pudiendo entenderse de aplicación el Convenio de Jardinería aplicado por la empresa, al no ser ésta la actividad principal de la empresa demandada.

En la misma línea de la sentencia anterior, la STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2003, I.L. J 2335, desestima el recurso interpuesto por una empresa frente a la sentencia del Juzgado de lo Social que estimó la reclamación de cantidad de un trabajador en base a la aplicación del Convenio colectivo del Sector de la Industria Siderometalúrgica. La Sala en sede de suplicación entiende que el anterior es el Convenio aplicable a la empresa, aunque en la denominación social de la misma figure el de climatización. Pero no sólo la denominación social hace prueba de que el nombre de la empresa sea expresivo de su actividad y, por lo tanto, no constituye prueba inequívoca reveladora de la misma y, por ende, del Convenio aplicable a las empresas dedicadas a la instalación y mantenimiento de calefacción, ventilación y similares.

En demanda por proceso especial de conflicto colectivo, la STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2003, I.L. J 2628, resuelve en sentido estimatorio la pretensión sindical sobre aplicación a los trabajadores de una empresa del Convenio Colectivo de Garajes, Parkings y Lavado y Engrase, Convenio inaplicado por la demandada al no haber formado parte de la negociación del mismo. La Sala entiende que lo relevante es si el Convenio suscrito por una asociación empresarial reunía los requisitos del Título III del Estatuto de los Trabajadores y por ello puede ser impuesto a una empresa, como la demandada, no incluida en la asociación empresarial firmante. Tras el análisis de los hechos, la con-

clusión a la que llega la sentencia es que el Convenio tiene eficacia *erga omnes*, al tener carácter normativo y vincula a todas las empresas del sector a que se extiende, aunque estas empresas no hayan intervenido directamente en las negociaciones que dieron lugar a su aprobación. En definitiva, el Convenio resulta aplicable a la empresa demandada, por cuanto su actividad principal se haya encuadrada dentro del ámbito funcional y personal del mismo toda vez que: “el Convenio colectivo es fuente de derecho al reconocérsele fuerza vinculante y por consiguiente centro originador de derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral. El Convenio crea derechos y deberes entre las partes que lo conciertan y tiene eficacia normativa, de cuya naturaleza especial, con doble efecto normativo y obligacional, obteniéndose las oportunas consecuencias, que no son otras que las de velar por la observancia de sus mandatos, debiendo prevalecer lo acordado en convenio (...) teniendo por tanto eficacia *erga omnes* para todos aquellos afectados por su ámbito funcional”.

Sobre la aplicación y el valor normativo del Convenio se pronuncia la **STS de 1 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2753. En recurso de casación ordinaria la Sala Cuarta resuelve un conflicto colectivo en el que se planteaba la aplicabilidad, a la totalidad de los trabajadores de la Agencia EFE, del Convenio de eficacia general de 1996. La sentencia entiende que las cláusulas conflictivas forman parte del contenido normativo del Convenio, al regular materias conectadas directamente con los derechos colectivos de los trabajadores, constituyéndose en normas orgánicas que configuran estructuras estables para la gestión de las funciones que expresamente se les concedan en el Convenio colectivo en el que se acuerde su creación. Estas estructuras estables son órganos representativos y colegiados del conjunto de los trabajadores y en el caso concreto el Comité Intercentros. Destaca la resolución casacional que el carácter normativo de las cláusulas del Convenio en materia de “derechos colectivos” aparece en nuestra jurisprudencia sentencias anteriores de la misma Sala, entre otras, la de 16 de junio de 1998.

B) Convenios extraestatutarios

Tradicionalmente se ha venido admitiendo que junto a los Convenios colectivos de eficacia general regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, existen otros pactos, también colectivos, negociados al margen de las exigencias y formalidades previstas para los estatutarios. La jurisprudencia de Tribunal Constitucional así lo vino proclamando al declarar que “la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida”. Sobre el valor de este tipo de convenios se plantea en la **STS de 13 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2255, recurso de casación ordinario en proceso especial de conflicto colectivo interpuesto por Comisiones Obreras contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimatoria de la demanda. La empresa interpone recurso casacional que es desestimado. Los hechos versan sobre un pacto que establece un premio de antigüedad a favor de los trabajadores fijos de plantilla. Dicho beneficio no se extiende a los trabajadores eventuales ni al personal de nuevo ingreso. La sentencia tras desestimar la infracción del art. 17 del ET, dado que el trato diferente que resulta de los acuerdos no se asienta en ninguno de los supuestos que el precepto contempla sino en la naturaleza temporal o indefinida y en la fecha de ingreso en la empresa, desestima la cuestión de

fondo. Para ello, el Fundamento Jurídico Segundo recoge que el citado acuerdo no posee el valor de Convenio colectivo de los regulados en el Título III del ET, pero su contenido trasciende a la mera fuerza obligacional entre quienes lo suscribieron, aplicándose a trabajadores no representados en la negociación. Se aborda, asimismo, la cuestión de los contenidos susceptibles de integrar un pacto extraestatutario en contraposición a los que son materia de un Convenio colectivo regido por el ET, así como a la trascendencia y el objetivo de eficacia que se persigue. Como conclusión, la resolución de la Sala entiende que desde el momento que el acuerdo se arroga eficacia frente a quienes no intervienen en la negociación, únicamente el marco del Título III puede convenir al espectro de imperatividad que se pretende. Así, el pacto intenta soslayar el derecho aplicable sobre la materia, excediendo los límites del ordenamiento jurídico laboral y constitucional que acoge un sistema de fuentes que comienza en la ley y termina en el acuerdo privado y, entre ellas, se sitúa la negociación colectiva. Con ella se abre el camino a que las condiciones de trabajo se regulen también en términos de generalidad obligando, bajo ciertas condiciones, a los que no intervinieron en la negociación. En definitiva, la Sala establece que “el pacto extraestatutario invade un terreno que no le es propio (...) Sólo en el marco del Título III del ET podrían quienes han negociado el pacto intentar regular las materias que por su ámbito personal han sido objeto del mismo (...) Por ello la solución deberá ser idéntica y provocar, en aplicación del art. 14 de la Constitución Española, como si de un Convenio colectivo se tratara la nulidad del Pacto de Empresa (...)”.

También sobre los Convenios extraestatutarios, aunque en esta ocasión respecto del derecho de una Federación Sindical a formar parte de las comisiones creadas por este tipo de acuerdos, se pronuncia la **STS de 11 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2307, dictada en recurso de casación ordinaria en proceso especial de conflicto colectivo. La resolución estima parcialmente el recurso y, casando la resolución recurrida que desestimó la pretensión actora, declara que tal derecho no existe en relación a una comisión introducida por el Convenio extraestatutario, puesto que el desarrollo de ésta sólo puede discurrir dentro de los estrictos límites de su eficacia extraestatutaria. Sin embargo, la Sala entiende, de ahí la estimación parcial, que la Federación Sindical accionante sí tiene derecho a formar parte de las comisiones que vengán establecidas en Convenio colectivo estatutario, ya que éstas tienen carácter normativo al configurarse como estructuras estables para la gestión del convenio.

C) Interpretación del Convenio colectivo

Sobre la interpretación de determinados artículos de un Convenio colectivo en relación con la aportación empresarial al Fondo de Pensiones se pronuncia la **STSJ de Murcia de 17 de junio de 2003**, I.L. J 2401. En la modalidad procesal de conflicto colectivo se plantea demanda por la Asociación de Empleados de Notarías contra la Asociación Profesional de Notarios del Ilustre Colegio de Albacete, interesando la interpretación de determinados preceptos del Convenio colectivo para dichos empleados. Éstos se refieren a la aportación notarial a un plan de pensiones, así como la regulación de determina-

das condiciones de trabajo (horario, jornada, categorías, etc.) Frente a tales peticiones la parte demandada se opone, afirmando con carácter general que lo pretendido por la parte actora no es la interpretación de los preceptos convencionales sino la modificación de los mismos, lo que solamente es posible mediante la negociación colectiva. La sentencia entiende que la cantidad que el Colegio Notarial concede al mencionado Plan de Pensiones es fija, sin que el convenio prevea la posibilidad de aumentarla, salvo con la aplicación del IPC. En definitiva, si bien la sentencia estima parcialmente la demanda respecto de otras pretensiones rechaza los extremos expresados, pues “la Sala solamente puede realizar y controlar la aplicación de dicho Convenio, así como su interpretación, de ningún modo puede llevar a cabo, por no ser cometido de la misma ni de la propia esencia del conflicto colectivo, modificaciones del Convenio a la luz de interpretaciones que no le son propias, excediéndose de lo pactado por empresarios y trabajadores (...) si se desean introducir cuestiones novedosas ello exige su contemplación por medio de la negociación colectiva mediante la denuncia del Convenio”.

Sobre la naturaleza jurídica de los Convenios colectivos se pronuncia la **STSJ de Castilla y León de 24 de junio de 2003**, I.L. J 2446. La Sala establece que los convenios no son simples pactos sino normas paccionadas que se aplican a todas las empresas y trabajadores que presten servicios para las mismas incluidas en el ámbito personal, funcional y territorial de su vigencia.

La cuestión que se plantea versa sobre la pretensión de dos trabajadores que reclaman un plus de convenio previsto en otro diferente cuya aplicación interesan. Para ello, la sentencia que desestima la demanda tiene en cuenta que la actividad de la empresa demandada, auxiliar de la principal dedicada a la fabricación de vehículos, constituye un eslabón más en la cadena de producción de los vehículos que fabrica la empresa principal, encargándose de su transporte conduciéndolos hasta el lugar destinado al efecto, llevando a cabo su almacenamiento. Tal actividad no es ajena al sector de transporte ni a las normas que incluyen en dicho sector a las empresas auxiliares, es decir, a las que no se dedican en sentido estricto al transporte de mercancías pero sí a realizar actividades vinculadas y complementarias de dicho sector. De esta manera al subcontratar la empresa principal dicha tarea con terceras empresas, éstas habrán de regirse por el Convenio colectivo que les es de aplicación en función de su actividad que no es otra que la de transporte.

La **STS de 18 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2252, dictada en unificación de doctrina, resuelve, siguiendo doctrina reiterada anterior, entre otras, en sentencia de Sala General de fechas 13 y 14 de mayo y de 9, 16 y 19 de junio de 2003, sobre la cuestión ya analizada de la inaplicación del Convenio Único para el Personal Laboral del Estado respecto del personal contratado para prestar servicios en el extranjero. En la litis se plantea la aplicación del citado Convenio a una relación contractual de una trabajadora de nacionalidad española para prestar servicios de auxiliar administrativo en la Oficina de Turismo de Bruselas, dependiente del Ministerio de Economía español. El recurso es estimado por el Tribunal Supremo y remitiéndose a la tesis sostenida en las citadas sentencias entiende que se trata de aplicar, dentro de la legalidad interna española, el Convenio colectivo controvertido, puesto que el art. 1.4 del Estatuto de los Trabajadores establece que dicha legislación será la aplicable a los trabajadores españoles contratados en España al servicio de

empresas españolas en el extranjero. En la cuestión objeto de debate, la doctrina de la Sala ya ha precisado que el art. 1.4.1 del Convenio Único debe ser interpretado en el sentido de que el mismo excluye de su ámbito de aplicación al personal contratado para trabajar en el exterior. Asimismo, existe una cláusula contractual cuya eficacia es indiscutible que constata que el contrato de trabajo del actor no se rige por el Convenio colectivo aplicable sino que tendrá que formalizarse expresamente fuera de convenio.

La vinculación de los criterios interpretativos de los contratos con el Convenio colectivo es objeto de tratamiento en la **STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2003**, I.L. J 2338. En proceso de conflicto colectivo en única instancia resuelve como cuestión de fondo la exclusión de la aplicación de un Convenio colectivo a determinados colectivos de trabajadores, así como que dicha exclusión ha de respetar los derechos y garantías mínimas. A tal respecto, la sentencia señala que “el contrato de trabajo está directamente vinculado con el Convenio colectivo, y ello en cuanto que éste tiene una eficacia directa y es fuente específica de la relación laboral (...) De manera que en el contrato pueden establecerse todo tipo de cláusulas o pactos de acuerdo al art. 1255 del Código Civil”.

Sentado lo anterior, establece la sentencia que por pacto empresarial es válida y posible la exclusión de la aplicación del Convenio para determinados colectivos, siempre que responda a la intencionalidad de las partes. Ahora bien, la validez del pacto no implica que no exista fiscalización jurídica al respecto. Desde esta perspectiva, no pueden dejarse los contratos a la interpretación de una de las partes (art. 1256 CC), ni los derechos del trabajador reconocidos dentro de la normativa general obviados por los acuerdos inter partes. Si el trabajador, añade la sentencia, se excluye del Convenio colectivo ello es en base a un status de mejora de sus condiciones, por lo tanto, sus derechos y garantías mínimas no pueden quedar suplantadas por la exclusión del Convenio. En este sentido, nunca una retribución puede ser inferior a las tablas del Convenio, pues ello supone el mínimo garantizado para cualquier trabajador de la empresa, pues admitir lo contrario daría lugar a la ruptura del equilibrio del contrato y las prestaciones y garantías que como fuente normativa se imponen a la autonomía de la voluntad. Por último, se añade como argumento complementario, que ningún pacto puede ir contra ley o contra la misma buena fe del contrato (art. 1255 CC).

La **STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2003**, I.L. J 2372, reitera los criterios interpretativos aplicables al Convenio colectivo, destacando que las normas sobre interpretación de los contratos (arts. 1281 y siguientes CC) son plenamente aplicables al Convenio colectivo. En base a lo anterior, la sentencia estima el derecho de todas las Secciones Sindicales de una empresa, sin ningún tipo de excepción o exclusión, a disponer de un tablón de anuncios por ser ésta la interpretación más favorable a los derechos de los trabajadores. La sentencia contiene un voto particular que, en sentido contrario, entiende que teniendo presente entre los criterios hermenéuticos que señala el art. 3.1 del Código Civil el sentido propio de las palabras en relación con el contexto y que por lo tanto las previsiones del Convenio colectivo en relación con la Ley Orgánica de Libertad Sindical no permiten la ampliación del derecho a obtener cada Sección Sindical su propio tablón de anuncios.

I. Fuentes del Derecho

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de mayo de 2003, I.L. J 2528, resuelve, según criterios de interpretación del Código Civil, una cuestión referida a la interpretación del art. 47 del Convenio colectivo aplicable que regula la retribución de las vacaciones que será “conforme al promedio obtenido por el trabajador por todos los conceptos en jornada normal en los meses trabajados anteriormente a la fecha de iniciación de las mismas”. La sentencia desestima el recurso interpuesto por la empresa en base a que los acuerdos adoptados en la Comisión Mixta del Convenio colectivo a la hora de resolver e informar la cuestión planteada mantienen el mismo valor que el texto del Convenio, sin perjuicio de que los afectados puedan recurrir la resolución ante la jurisdicción competente en defensa de sus intereses.

De nuevo sobre los criterios interpretativos del Convenio colectivo y la incidencia en ellos de las previsiones contenidas en el Código Civil sobre la interpretación de los contratos se pronuncia la STSJ de Cantabria de 8 de abril de 2003, I.L. J 2564. La sentencia al resolver una pretensión subsidiaria señala que el art. 38 del Convenio colectivo, que establece que el complemento de penosidad se perciba sobre el salario base sin que haga referencia alguna al exclusivo abono en los días trabajados efectivamente. Por ello no puede desvirtuarse, señala la resolución, con interpretación sesgada, lo que es la expresión clara y sin matices de la previsión convencional, porque no existe o se muestra otra intención contraria a lo manifestado (art. 1281 del Código Civil). A esta misma conclusión lleva el criterio de interpretación sistemático porque la interpretación, que es el espíritu del contrato, es indivisible no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye el Convenio (art. 1285 del Código Civil).

D) Límites del Convenio colectivo. Diferencias de trato

La STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2003, I.L. J 2341, resuelve un supuesto en el que el Convenio colectivo establece diferentes criterios y niveles para determinar la indemnización por extinción por causas objetivas y la que corresponde al despido colectivo. Siguiendo doctrina del Tribunal Supremo, entre otras, de 18 de diciembre de 1997 y 6 de julio de 2000, la Sala establece que el Convenio colectivo, aunque surgido de la autonomía colectiva tiene en nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y, en este sentido, es equivalente a un instrumento público de regulación. De ahí que las diferencias de trato en las condiciones de trabajo establecidas en Convenio colectivo hayan de ser razonables, de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito de la vida social. Además de la doctrina del Tribunal Supremo, la sentencia cita otra del Tribunal Constitucional (Sentencia 103/2002) en la que se trata un supuesto similar al resuelto en suplicación y en la que se señala que la extinción contractual que regula el art. 52.c) ET es una variedad dentro del género de las extinciones colectivas, caracterizada por afectar a menor número de trabajadores y, en consecuencia, donde una misma es la razón, debe ser también la misma la regla de Derecho, por lo que debe aplicarse a ambas extinciones idéntico tratamiento. En este sentido, también se pronuncian las SSTs dictadas en unificación de doctrina de 26 de enero y de 16 de febrero de 1998.

4. LOS ACUERDOS EMPRESARIALES

A) Valor de los Acuerdos

La STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2003, I.L. J 2232, estima el recurso formulado por la empresa en materia de impugnación de cambio de turnos contra la sentencia del Juzgado de lo Social, estimatoria de la demanda interpuesta por los trabajadores y que, revocando la decisión empresarial, declara nula la medida adoptada.

Señala la sentencia que el art. 41 ET no resulta aplicable si la modificación no se produce por decisión unilateral del empresario sino por títulos distintos, tales como: el ejercicio de facultades reconocidas en convenio o acuerdo colectivo que supongan una ampliación del *ius variandi*; el ejercicio de facultades reconocidas al empresario en el contrato de trabajo o el acuerdo novatorio entre empresario y trabajador. De manera que el traslado de los trabajadores demandantes a un centro de trabajo de una empresa distinta no es consecuencia de una decisión unilateral del empresario, sino fruto de un Acuerdo entre la empresa y el Comité de Empresa, en virtud del cual se convino la reubicación de una gran parte de la plantilla perteneciente al mismo grupo y sector de actividad. La eficacia de dicho Acuerdo es general y *erga omnes*, teniendo plena validez y eficacia entre las partes que lo concertaron y quienes estaban directamente representados en la negociación. Si los trabajadores no estaban conformes con el Acuerdo, debieron impugnarlo en forma, sin que puedan pretender dejarlo sin efecto de forma individual mediante demandas individuales de modificación sustancial de condiciones de trabajo. En este caso se aplican a los trabajadores incorporados, en virtud del indiscutido Acuerdo, las condiciones laborales previstas en el Convenio colectivo de empresa. Resulta conforme a derecho que los trabajadores que se incorporen al nuevo centro de trabajo lo hagan con las condiciones previstas en el precitado Acuerdo. En definitiva, entiende la sentencia que la decisión empresarial se limitó a aplicar lo establecido en Convenio colectivo y, en consecuencia, estima el recurso interpuesto por la patronal.

B) Criterios de interpretación de los Acuerdos

La cuestión que se dilucida en la STSJ de Asturias de 25 de julio de 2003, I.L. J 2468, es la de si un trabajador tiene o no derecho a la pervivencia de las prestaciones médico-farmacéuticas que se plasmaron en un acuerdo alcanzado entre la empresa y una Asociación Profesional de Cuadros, tras la jubilación reglamentaria. La empresa durante varios años siguió satisfaciendo la prestación hasta que de modo inopinado en el año 2000 varió su actuación. Señala la resolución que son demasiados años de cumplimiento como para negar el efecto obligacional del acuerdo que igualmente es predicable a partir del art. 1288 del Código Civil, pues la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte, en el caso presente la empresa, que hubiese ocasionado la oscuridad. La interpretación de la cláusula en cuestión del acuerdo ha de resolverse conforme a las reglas mencionadas y a lo dispuesto en los arts. 1284 y 1286 del Código Civil, lo que favorece la pervivencia futura de la prestación que venía percibiendo el actor.

5. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Son constantes y numerosos los pronunciamientos judiciales afectantes al principio de condición más beneficiosa. Este principio de aplicación se traduce en el respeto a las condiciones individualmente reconocidas a los trabajadores frente a la aplicación de la norma legal o convencional de referencia. La **STSJ del País Vasco de 16 de noviembre de 2003**, I.L. J 2334, resuelve el recurso interpuesto por la empresa contra la sentencia del Juzgado de lo Social que estimó la comunicación demanda de oficio formulada por el Departamento de Justicia, Empleo y Seguridad Social del Gobierno Vasco. La sentencia del Juzgado entendió que la empresa en cuestión incumplía la condición más beneficiosa del trabajador, al no respetar en la sucesión existente con la empresa cedente el pacto de abono de horas extraordinarias con un importe superior al de convenio, señalando el Magistrado de instancia que la empresa conocía de manera específica dicho pacto, no respetándolo y aplicando el convenio.

Se plantea, por lo tanto, en el pleito la existencia de una condición más beneficiosa pactada entre el trabajador y el empresario cedente. Señala la resolución que el Convenio colectivo de aplicación, en relación con el art. 44 del ET, preserva dentro del ámbito de movilidad funcional al colectivo de trabajadores, manteniendo sus condiciones de trabajo, de manera que no queden al albur del nuevo empresario. Las condiciones salariales del convenio son mínimos, mejorables por quienes acceden a las nuevas contrataciones, pero en ningún caso pueden suplantarse los derechos adquiridos, o los pactos que individualmente se hayan alcanzado entre los empresarios y trabajadores. En opinión de la Sala, la empresa no ha respetado y ha pretendido omitir la mejora retributiva que consistía en una mejora en el importe de la hora extraordinaria y aplica una política de empresa contraria a las circunstancias individuales que ha intentado preservar el Convenio colectivo.

La **STSJ del País Vasco de 2 de octubre de 2003**, I.L. J 2381, se pronuncia sobre el sistema de cálculo del complemento de antigüedad efectuado por la empresa demandada y su consideración de condición más beneficiosa y la aplicación de los denominados criterios de absorción y compensación. La sentencia señala que una vez probada la concesión de una ventaja o mejora por voluntad empresarial en el abono de la antigüedad de forma reiterada durante casi diez años, dicha ventaja no queda anulada o suprimida por el hecho de que los convenios o pactos de empresa no la hubieran contemplado, puesto que, precisamente, la condición más beneficiosa consiste en el reconocimiento por el empresario sobre una materia determinada de un beneficio por encima de lo legal o convencionalmente establecido. Sobre la figura jurídica de la compensación y absorción, la Sala se pronuncia en el sentido de que si bien tal figura jurídica permite neutralizar las condiciones más beneficiosas tal figura opera cuando lo abonado, en su conjunto y cómputo anual, sea más favorable para los trabajadores que lo fijado en el orden normativo o convencional de referencia, lo que no ha sido acreditado en el pleito.

También sobre el principio de aplicación de la condición más beneficiosa versa la **STSJ de Aragón de 5 de junio de 2003**, I.L. J 2507. En el litigio se suscita una controversia sobre el derecho de los trabajadores de la Diputación General de Aragón a la continuación de la atribución de un antiguo complemento en especie de manutención. La percep-

ción del mismo fue alterada por una orden del Departamento administrativo aragonés, modificatoria de otra anterior en la que se fijaban las condiciones y precios del Servicio de Comedor, siendo así que el último Convenio colectivo no hacía referencia alguna a dicho complemento, lo que supuso la eliminación del beneficio. La Sala establece que para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del principio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesor, de forma que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual, en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la atribución a los trabajadores de una ventaja por voluntad empresarial. Añade la sentencia, que la incorporación al nexo contractual del beneficio es lo que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario y lo que compone, en definitiva, el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas. Ahora bien, la Sala incide en la especial relevancia que cobra el caso cuando se ven involucradas las Administraciones Públicas. Éstas, al estar sujetas al principio de legalidad respecto de los derechos adquiridos, no pueden desviarse por razones de mera tolerancia o error de lo previsto en la norma de referencia, máxime como en el caso de autos en el que la supresión del beneficio de manutención fue producto de la evolución de Convenios.

Se plantea en la **STSJ de Canarias de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 2588, la renuncia de la empresa a la absorción y compensación de los conceptos salariales, quedando garantizado determinado nivel salarial y comprometiéndose a incrementar a los trabajadores el índice que figure en el Convenio colectivo. De esta manera, señala la sentencia, que existe una condición más beneficiosa del art. 3.1.c) del ET establecida por un pacto tácito derivado de una actuación empresarial aceptada por los trabajadores en virtud del principio de libertad formal que rige en materia contractual. Recuerda la Sala que las condiciones más beneficiosas tienen su fuente en la voluntad unilateral del empresario dirigida a otorgar un tratamiento más favorable que el reconocido legal o convencionalmente. Para que pueda sostenerse su existencia, es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca en su concesión. Es la incorporación al nexo causal de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario. Añadiendo también la doctrina de esta Sala que dicha condición tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior, legal o pactada convencionalmente, más favorable que modifique el *status* anterior en materia homóloga.

Partiendo de la doctrina anterior debe concluirse que el incremento salarial, constituye una condición más beneficiosa, pues el citado beneficio que ha pervivido durante muchos años no sólo se ha mantenido gracias a una conducta tolerante de la empresa sino que ésta no se limitó a una actuación pasiva, sino que actuó de forma activa incrementando año tras año los salarios, en igual proporción al incremento salarial acordado convencionalmente con lo que se concluye que la condición se ha consolidado e inte-

I. Fuentes del Derecho

grado en el sinalagma contractual, siguiendo entonces el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas. La compensación y absorción “siempre ha tenido por objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quedaba neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta.

Por último, se suscita en la sentencia lo que la Doctrina conoce con la expresión de **inmunidad de determinadas condiciones más beneficiosas** frente a la técnica de la absorción y compensación. Es decir, si la condición más beneficiosa se configura de tal manera que lo que se hace es fijar un diferencial fijo constante y futuro con el Convenio y sus incrementos, habrá que entender que lo que hace la empresa es renunciar a absorber y compensar, haciendo inmune a la condición más beneficiosa. Esta renuncia a los derechos del art. 26 ET puede hacerlo el empresario de modo expreso o tácito. Así sucederá siempre que reconozca a los trabajadores el derecho a cobrar el salario con un porcentaje superior o un diferencial con el salario del Convenio. En este caso la empresa se compromete a que el trabajador gane siempre un 2 por ciento más que el salario fijado en el Convenio colectivo.

La **STSJ de Cataluña de 6 de octubre de 2003**, I.L. J 2631, desestima el recurso de dos trabajadores de RENFE que reclamaban el derecho a seguir percibiendo la prima de estaciones por tratarse de una condición más beneficiosa que se ha consolidado por concesión graciosa de la empresa que viene haciendo pago de la misma en cuantía superior a la que resulta del Convenio colectivo y pactos de aplicación. La Sala para llegar al fallo desestimatorio establece que “no nos encontramos ante una auténtica condición más beneficiosa, pues si bien es cierto que los trabajadores han venido percibiendo la prima de estaciones en cuantía superior a la que resultaría de los pactos de empresa y convenios colectivos de aplicación, en modo alguno puede deducirse de este simple hecho la voluntad del empleador de otorgar un beneficio superior al que legalmente corresponde”. Añade la resolución que a lo anterior ha de unirse el hecho acreditado de que este tipo de primas fueron objeto de negociación colectiva, por lo que no resulta ni se deduce voluntad empresarial alguna tendente a otorgar un beneficio superior al legal y diferente al que pudiesen percibir el resto de los trabajadores en las mismas circunstancias.

6. ABSORCIÓN Y COMPENSACIÓN

La figura de la absorción y compensación tiene por objeto evitar la superposición de mejoras salariales que tengan su origen en distintas fuentes reguladoras de manera que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quede neutralizado con cualquier otro incremento con origen en fuente distinta (art. 26.5 ET). La **STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2003**, I.L. J 2236, revocando la sentencia de instancia, desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por un delegado sindical contra la empresa, en la que se peticionaba la declaración de la obligación empresarial de realizar los incrementos pactados en el Convenio colectivo a los trabajadores componentes de los cuadros técnicos, directivos o asimilados que hubieran

manifestado expresamente y por escrito su deseo de exclusión en materia salarial. Señala la sentencia que el precepto estatutario viene a establecer que dicho instituto opera cuando se aprecie la existencia de dos situaciones que permitan la comparación de manera que puede ser reconocida judicialmente sin necesidad de reconvención ni de invocación expresa de excepción, ésta puede ser reconocida de forma tácita con la invocación de los hechos de los que la misma resulte. La resolución añade que la empresa demandada podía proceder a la absorción y neutralización de los incrementos pactados en la norma convencional una vez acreditado que los trabajadores afectados perciben salarios reales superiores a los fijados en el Convenio colectivo, procediendo, en consecuencia, a la estimación del recurso y consiguiente desestimación de la demanda interpuesta por la representación sindical.

La **STS de 24 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2427, resuelve sobre la aplicación de los criterios de absorción y compensación salarial. El tema que se plantea en el litigio es la determinación de si los trabajadores del Instituto Catalán de Salud, con contrato laboral indefinido, tienen o no derecho a seguir percibiendo en su totalidad el complemento establecido en el Convenio colectivo y que fue desestimado por sentencia de la Sala revocatoria de la del Juzgado de lo Social. Dicho complemento fue reducido, por el organismo público demandado, del incremento operado en las retribuciones básicas como consecuencia de sentencias estimatorias sobre clasificación profesional. La empleadora entiende que se lleva a cabo una operación de absorción y compensación en el sentido de que, en el salario nuevo correspondiente a la categoría más elevada judicialmente reconocida, es compensado o absorbido el llamado plus de convenio, sin embargo, el Tribunal Supremo considera que resulta imposible tal operación pues se trata de fuentes del Derecho originadoras de retribuciones completamente heterogéneas, sin que en manera alguna se propicie la aplicación del art. 26.5 ET y el cómputo anual del que habla dicho precepto.

Sobre absorción y compensación de complementos salariales se pronuncia la **STSJ de Asturias de 17 de octubre de 2003**, I.L. J 2599. La resolución señala que si el concepto retributivo en cuestión se hubiera absorbido en el nuevo, habría subsistido en parte, lo que permite concluir que la absorción en este caso nunca justificaría la supresión del complemento debatido. La empresa simplemente suprime la mejora o complemento, que la absorción no habría abarcado por ser superior su cuantía al nuevo salario, de suerte que el trabajador comenzó a ganar menos que antes de su clasificación en una categoría superior.

La **STSJ de Asturias de 26 de noviembre de 2003**, I.L. J 2608, resuelve sobre la reclamación salarial de un trabajador de banca cuya pretensión se basaba, por un lado, en la existencia de un presunto trato discriminatorio cuya causa localiza en su pertenencia al Comité de Empresa Provincial del banco demandado y, por otro, en la improcedencia de la absorción operada en el concepto retributivo reclamado. La Sala desestima el primero de los motivos de suplicación, pues no queda acreditada la existencia del trato discriminatorio al afectar la desigualdad retributiva a otros trabajadores que no mantenían el

status de representantes de los trabajadores. Se desestima, asimismo, en la sentencia el motivo basado en la inadecuada absorción llevada a cabo por el banco, al entender la resolución que el trabajador tenía establecida una mejora por encima de los módulos salariales previstos en el pacto colectivo, mejora que resulta compensable y absorbible con los complementos retributivos establecidos en el Convenio. En apoyo del argumento desestimatorio, recuerda la Sala la doctrina jurisprudencial sobre la materia señalando que: “la figura de la compensación y absorción siempre ha tenido como objeto evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quedaba neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta”.

7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONTRATO DE TRABAJO

Es conocida la doctrina que entiende que son aplicables al finiquito las reglas de interpretación de los contratos. A tal respecto, la **STSJ de Cantabria de 2 de abril de 2003**, I.L. J 2570, señala que el finiquito tendrá carácter liberatorio de todas las obligaciones, derivadas de la relación laboral, siempre que se acredite de modo claro e inequívoco que ésa era la voluntad de las partes, con renuncia expresa a cualquier reclamación posterior (STS de 9 de abril de 1990). Por el contrario, no tienen valor liberatorio aquellos de los que no se deduzca de modo claro e inequívoco la voluntad extintiva de todas las obligaciones de la relación laboral (STS de 24 de junio de 1998). En el caso de autos, la sentencia entiende que, del recibo de saldo y finiquito, se deduce, concluyentemente, la voluntad del recurrente de dar por extinguida la relación laboral, sin que se acreditase la existencia de vicios del consentimiento, por lo que procede la desestimación del recurso.

Sobre la validez de la renuncia de los trabajadores a determinados derechos se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 13 de noviembre de 2003**, I.L. J 2651. En la litis, se plantea la validez de un pacto negociado entre la empresa, que estaba en situación de quiebra, y la representación de los trabajadores y cuya finalidad era llegar a un acuerdo para asegurar la viabilidad de la empresa. Dicho pacto consistía en la reducción del salario de todos los trabajadores en un 20 por ciento. La Sala desestimando la pretensión actora entiende que en el presente supuesto no se está ante una renuncia proscrita por el ordenamiento jurídico sino de una válida disposición de derechos patrimoniales sobre los que el trabajador puede válidamente disponer a su conveniencia, siempre que la decisión se tome sin ningún vicio que invalide el consentimiento, de acuerdo con los arts. 1265 y concordantes del Código Civil. Añade la resolución que en supuestos como el presente se refuerza el criterio de validez, pues la renuncia tiene como finalidad el intentar superar una crisis de la empresa para mantener el máximo de puestos de trabajo posible.

8. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL Y CONSTITUCIONAL

A) Funciones jurisdiccionales

La STSJ de Andalucía (Granada) de 21 de noviembre de 2003, I.L. J 2362, resuelve sobre la modificación en el sistema de clasificación profesional y encuadramiento regulado en el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado. Entre otras cuestiones, la sentencia señala que el cauce para proceder a la modificación del sistema de encuadramiento es el establecido en el Convenio colectivo que prevé la posibilidad de corregir errores en la clasificación profesional. En su Fundamento Jurídico Segundo, la resolución establece que no es dable a los Tribunales de Justicia crear normas, lo que sin duda se haría encuadrar a un grupo profesional en otro distinto al establecido por aquéllos a los que le es dado dicha función, y sí, en cumplimiento del deber constitucional que tienen concedido, interpretarlas y aplicarlas al caso concreto. El Convenio es norma jurídica que se ha de aplicar y la modificación se ha de efectuar a través del cauce procedimental que el mismo prevé, en este caso para corregir el erróneo encuadramiento, lo contrario sería acudir a la jurisdicción en demanda de que se realice una función normativa que le es ajena.

En este mismo sentido, las SSTSJ de Andalucía (Granada) de 14 de octubre y 25 de noviembre de 2003, I.L. J 2364 y 2493, a propósito de un supuesto de alteración de diferencias de las cuantías de los complementos retributivos en función de las categorías, vuelve a destacar, esta vez con cita de la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 3 de mayo de 2001), la imposibilidad de los Tribunales de Justicia para la creación normativa, pues a éstos únicamente corresponde su interpretación y aplicación.

B) Valor de la doctrina jurisprudencial

Sobre la vinculación de los Tribunales de Justicia autonómicos a la doctrina instaurada por el Tribunal Supremo es buen ejemplo la STSJ de Galicia de 21 de junio de 2003, I.L. J 2482. La cuestión que entre otras se plantea es la relativa al derecho al percibo del Complemento de Antigüedad (trienios) por el personal laboral temporal perteneciente a la Junta de Galicia. Señala la sentencia que la Sala es conocedora de la doctrina contenida en la STS de 22 de diciembre de 2001 que, en interpretación del art. 27 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, precepto que define la estructura salarial del personal sometido a dicha norma, no limita la percepción del complemento de antigüedad al personal laboral fijo, por lo que ha de interpretarse dicho precepto en el sentido de que el Convenio colectivo establece también para el personal temporal el plus de antigüedad.

En este sentido, también se pronuncia la STSJ de Galicia de 4 de junio de 2003, I.L. J 2483.

C) Jurisprudencia constitucional

En la STSJ de Asturias de 16 de mayo de 2003, I.L. J 2510, se alude a la jurisprudencia constitucional al resolver el primer motivo de suplicación planteado en el recurso al amparo de lo dispuesto en el art. 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral. En él se interesa la retroacción de las actuaciones al haber causado la indefensión la sentencia, ya que varió el sentido del fallo a través del llamado recurso de aclaración del art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La sentencia de la Sala recuerda la jurisprudencia constitucional que admite la rectificación que implique alteración del sentido del fallo, sustituyéndolo por otro cuando el error material manifiesto a rectificar consista en una contradicción patente independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial. Esto es, cuando sea evidente que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo (SSTC 231/1991, 23/1994, 122/1996 y 48/1999, entre otras muchas).

OLGA ESTRADA ALONSO

II. TRABAJADOR**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos

sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente.

d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. **2. Supuestos in-**

cluidos. 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 peni-
tenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos.

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores por-

tuarios. i) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias.

B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos,

benévolos o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción

de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal

contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios em-

pleados. 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 trabajado-

res de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al

servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Perso-

nal 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 propie-

dad 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 ad-

ministradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servi-

cios amistosos, benévolos o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión

en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social.

6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 (2003) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2187 a J 2761) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) Actividad dependiente

– STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2003, I.L. J 2194 (recurso 2985/2003).

1. La parte actora demandó por despido al ser cesado –bajo el modo de no embargarle trabajo alguno a partir de una determinada fecha– después de más de diez años de servicios como redactor en una empresa Taller de Ediciones. Los medios de trabajo pertenecían a la empresa, con la que el actor comunicaba diariamente, aunque no trabajaba en sus locales, para cubrir noticias mediante artículos periodísticos y crónicas. Percibía una retribución fija, de similar cuantía mes a mes, que se facturaba con IVA e IRPF y no prestaba servicios análogos para otras empresas, ni disponía de organización de su titularidad con medios materiales y humanos propios. Previa declaración de existencia de relación laboral, el Juzgado de lo Social declaró el despido procedente y, recurrida la sentencia ante la Sala, estima ésta el recurso de suplicación y declara la incompetencia objetiva del orden social.

2. La Sala de lo Social razona su decisión revocatoria en la inexistencia de la dependencia en una valoración conjunta del material probatorio obrante en los autos, sin limitación a los hechos formalmente declarados probados, entendiendo que “(...) si bien no se equipara a una subordinación absoluta al empresario, sí supone la inserción del sujeto [trabajador] en el círculo organicista y rector de la persona para la que se realiza la labor”. Y, en el caso concreto, tal no concurre “(...) ya que si el demandante puede trabajar en otros medios, no está sujeto a horario, período vacacional ni días de descanso, la empresa no viene obligada a encomendarle trabajos propios o concretos sino que, sin sujeción alguna a norma, directriz o compromiso, el propio demandante lleva a cabo la realización de los artículos o las noticias que el mismo considera o no pertinentes, lo que equivale a facultad de aceptarlas o no como tales y atribuirles o no aquel cometido que además por su propia iniciativa la demandada puede aceptar o no, percibiendo en todo caso aquél su remuneración conforme al número y determinación por la empresa de su aceptación o no, y el mismo actor puede llevar a cabo o no tal actividad (...) es claro que ello determina la autonomía con que las partes actúan en

II. Trabajador

tal relación al margen y fuera del ámbito organizativo del empresario, impidiendo el encuadramiento de tal relación en el ámbito laboral(...)"

3. Cuantas veces se plantean supuestos análogos al de autos, la legislación carece de respuesta unívoca porque sus conceptos indeterminados —en particular el de la “dependencia”— han de ser interpretados en el caso singular, a la vista de los elementos probatorios concurrentes. Siempre que se analiza una argumentación como la que la sentencia comentada contiene —irreprochable desde la perspectiva formal— se observa la existencia de alguna contradicción que podría haber dado lugar a planteamientos y conclusiones bien distintas. Por ejemplo, en el caso de autos, tras insistir reiteradamente la Sala en el primer fundamento de derecho que el actor trabajaba cuando y como quería, y que la empresa le aceptaba o no sus trabajos con la misma liberalidad, utiliza en el fundamento de derecho segundo otro argumento escasamente compatible con el primero, en este caso para negar la existencia de despido. Así se dirá que no hay despido en la decisión empresarial de no encargar al actor “(...) trabajo alguno” a partir de determinada fecha, lo que visto desde el ángulo de su defensa echa por tierra la tan alta dosis de liberalidad afirmada, que es la que se valora como incompatible con la situación de dependencia.

– STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de septiembre de 2003, I.L. J 2325 (recurso 2247/2003).

1. La sentencia recurrida en suplicación resuelve favorablemente la demanda por despido improcedente planteada por D. Germán, contra “Telegrama, SL”. Los hechos probados de los que parten la mencionada sentencia, y la que es ahora objeto de comentario son: en primer lugar, que la demandada tenía como objeto social la actividad de televisión local y la gestión del denominado Canal 21. Conforme a tal objeto, “Telegrama, SL” contrató verbalmente al actor en el año 2001, para que realizara las funciones de redactor, como comentarista deportivo. Estas funciones consistían en acudir todos los sábados y domingos, con los medios de transporte y difusión proporcionados por la empleadora, a los eventos deportivos más relevantes; además, le correspondía presentar los programas “La bufanda” y “Cancha ACB”, todos los lunes y martes. En segundo lugar, y en el año 2002, se procede a formalizar un contrato temporal eventual entre las partes litigiosas con el mismo objeto. Durante todo este tiempo el actor estuvo dado de alta en Régimen General de la Seguridad Social. Ante la calificación como improcedente del despido practicado, las dos partes plantean recurso de suplicación, alegando distintos motivos a los que da respuesta el Tribunal Superior de Justicia.

2. Ante una declaración de hechos probados poco completa, el ponente de la sentencia que se examina se detiene en la contestación a los distintos motivos planteados en suplicación por las dos partes litigantes. Así, y en primer lugar, la empresa demandada y sancionada, intenta por todos los medios incluir entre los hechos probados, la prestación de servicios por parte del actor a otras empresas de comunicación, con el objeto de mostrar la ausencia de relación laboral. A pesar de ello, el ponente considera no probados los hechos que se pretenden incluir, e inadmite la solicitud de la empresa. Al hilo de esta inadmisión, declara que la exclusividad de la actividad del actor hacia la empresa que le contrata no es requisi-

to *sine qua non* para considerar la laboralidad de la relación, dándose en el caso examinado todos los presupuestos de laboralidad. Finalmente, examina una cuestión planteada por el actor, referida a los salarios tomados en cuenta por el tribunal de instancia para determinar la indemnización, cuestión que es admitida, aceptando los argumentos de esta parte para modificar tales bases salariales.

3. La cuestión central abordada por la sentencia es la incuestionabilidad de la naturaleza laboral de la relación contractual establecida por las partes. De hecho, así se confirma cuando la empresa, aunque de forma fraudulenta, decide formalizar por escrito la relación a través de un contrato laboral, si bien de duración temporal. El punto de conflicto planteado por la empresa es la ausencia del carácter de exclusividad de su relación con D. Germán. En primer lugar, no consigue probar la pluriactividad, no excluida, por otro lado, en nuestro sistema, y en segundo término, tal y como establece la resolución examinada, la exclusividad no constituye presupuesto de laboralidad, simplemente es un indicio para concluir esta calificación. Efectivamente, la exclusividad de la prestación de servicios a un solo empleador, muestra un grado de dependencia económica a tener en cuenta para valorar la laboralidad del supuesto, pero su ausencia no excluye por sí misma su encuadramiento en el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo.

– STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2003, I.L. J 2218 (recurso 3193/2003).

1. De forma detallada, la sentencia objeto de comentario expone los fundamentos de hecho incorporados por la resolución recurrida en suplicación. El origen de dicha resolución está en una demanda por despido por la que se solicita su declaración como improcedente. Entre los hechos declarados como probados se incluyen, en primer lugar, que el demandante y ahora recurrente empezó a prestar servicios de consultoría para la entidad demandada el 15 de junio de 1994, sin mediar contrato alguno entre las partes. Entre las obligaciones asignadas al actor se encontraban las de selección, formación y consultoría en recursos humanos en relación exclusivamente con los clientes, zonas o sectores de actividad que la empresa le confiara. Igualmente, le correspondía realizar el proyecto de dicha actividad, así como otros servicios que se le encargaran y pudiera asumir por su formación profesional, así como la captación de nuevos clientes para la empresa. En segundo lugar, se establece una retribución variable, además de una compensación por los gastos de transporte y teléfono. Se hace constar del mismo modo que la empresa había concertado idénticas relaciones de prestación de servicios profesionales con otros cinco consultores. Todos ellos, tenían adjudicadas mesas con ordenador en las dependencias de la empresa, siendo libres de utilizarlas como quisieran. En concreto, el actor daba uso de estos medios de forma habitual y además disponía de su propia extensión telefónica, a diferencia de sus compañeros, que normalmente prestaban sus servicios desde casa. Asimismo, todos los consultores tenían clave de acceso para entrar en la Intranet de la empresa, con el fin de planificar su jornada, visitas y resto de actividades que debían realizar. Con este mismo instrumento y de forma flexible y autónoma podían todos ellos bloquear las fechas en que no quisieran prestar sus servicios por motivos personales o familiares, o para fijar sus vacaciones, siempre que no coincidan con las fechas previstas para

II. Trabajador

ejecutar alguna de sus obligaciones profesionales. Estas vacaciones, así como las horas extras, no eran retribuidas. Una última peculiaridad remarcada, es la posibilidad del actor de proponer determinados descuentos a los clientes, que debían ser sancionados en última instancia por la empresa.

2. Del complejo entramado fáctico el magistrado del Tribunal Superior de Justicia extrae los argumentos para considerar incompetente al orden social para juzgar el caso, remitiéndolo a la jurisdicción civil. Efectivamente, y después de realizar una valiosa introducción sobre los criterios para distinguir las relaciones de servicios civiles de las laborales, entiende que el actor disponía de la facultad de organizar su trabajo, sin quedar sujeto al poder de dirección y organización del empresario. Así se deriva del hecho de que la empresa únicamente establecía las pautas generales de su actividad, y aunque el actor debía rendirle cuentas, ello se valora como normal a efectos de justificar el pago de la correspondiente comisión. Los datos verdaderamente relevantes, conforme a la sentencia, son la ausencia de horarios fijos, y la fijación unilateral por parte del actor de sus vacaciones, además de la posibilidad de que fije descuentos a los clientes.

3. La presente resolución muestra, una vez más, la dificultad de deslindar la relación de servicios civil, de la relación laboral. Esta dificultad se hace más profunda con la incorporación a este contexto de los nuevos medios de producción tecnológicos, que diluyen, más aun si cabe, los perfiles de presupuestos laborales tan básicos como el de dependencia. Llama nuestra atención que el ponente de la sentencia haya señalado precisamente la dependencia como la característica esencial del contrato de trabajo, pues de la misma esencialidad goza el resto de presupuestos de la relación laboral, incluida la ajenidad. Igualmente, resulta llamativa la no consideración de un hecho fijado en la sentencia objeto de recurso de suplicación: el dato de la exclusividad de la relación entre el demandante y la demandada, que denota su dependencia económica de la misma. En nuestra opinión, y demostrando con ello la dificultad de escisión de los dos ámbitos legislativos, existen datos suficientes para encuadrar la relación en el ámbito laboral. Así, la actividad se desenvuelve en el ámbito de dirección y organización de la empresa, que pone los medios (sufraga los costes de transporte y telefonía, aunque el teléfono y el vehículo sean aportados por el actor, determina que los cursos se den en sus dependencias, abre un espacio en su Intranet para que organice su agenda, etc.) para realizar la actividad, delimita el ámbito de actuación del mismo, las materias sobre las que versarán los cursos, supervisa su actividad, etc. Las dudas las plantea efectivamente, la posibilidad de que fije sus horarios y sus vacaciones de forma unilateral (si bien siempre respetando el *planning* fijado de cursos y visitas a clientes), dudas que consideramos insuficientes para excluir la laboralidad de la relación.

B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones

– STS de 6 de mayo de 2003, I.L. 2496 (recurso 290/1999).

1. De la información que se extrae del escaso relato fáctico cabe destacar que se trata de un trabajador paraguayo que solicita un permiso de trabajo por cuenta ajena (tipo B)

para prestar servicios en una clínica dental en calidad de protésico dental. Por resolución de 24 de febrero de 1995, la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Madrid denegó la concesión de tal permiso. Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la sala de este orden del TSJ de Madrid lo estimó en sentencia de 16 de julio de 1998, declarando la nulidad de la citada resolución por no ser ajustada a derecho y acordando la concesión del permiso solicitado. Frente a esta decisión el Abogado del Estado interpone recurso de casación que es resuelto por la sentencia aquí comentada.

2. El Tribunal Supremo recuerda la jurisprudencia que establece la necesidad de contemplar las circunstancias de cada caso antes de exceptuarse la denegación de un permiso de trabajo por existencia de trabajadores españoles demandantes del mismo tipo de empleo. Tal es el caso, precisamente, cuando el solicitante ostenta cualidades laborales, especiales conocimientos u otras condiciones de particular relevancia para el puesto de trabajo, sea por exigencia de una especialización laboral o una relación de confianza con el empleador. En el supuesto presente ese aspecto singular es la especialización del trabajador paraguayo como protésico dental. Así, considera el Tribunal, en primer lugar, que el informe de la Administración debería haber especificado si, entre los auxiliares de clínica desempleados, existía alguno que reuniera una especial preparación y formación para el trabajo en una clínica dental, el cual requiere en este caso conocimientos concretos en materia protésica que, contra el criterio del recurrente, no cabe presumir en cualquier persona con capacitación para el desarrollo de una actividad como auxiliar de clínica. Al no constar tal circunstancia, la mera constatación de la existencia de desempleados españoles que demandan un puesto como auxiliar de clínica no es suficiente para justificar la denegación del permiso a un protésico dental. Y, en segundo lugar, el órgano juzgador también rechaza que pueda aceptarse que los especiales conocimientos protésicos del trabajador paraguayo a favor de quien se solicita el permiso no hayan quedado suficientemente demostrados, pues tal apreciación correspondía al tribunal *a quo* en el terreno de valoración de la prueba. Por todo ello, se declara no haber lugar al recurso de casación y se condena en costas al recurrente.

3. Al margen de la opacidad de la exposición, la sentencia merece dos valoraciones. Por lo que se refiere al fondo, parece razonable que las especiales cualidades profesionales del trabajador paraguayo puedan ser tenidas en cuenta a la hora de conceder un permiso de trabajo para un puesto al que, en principio, aspiran 9.921 demandantes de empleo españoles con cualificación de auxiliar de clínica. Junto a ello, es obligado reflexionar sobre la inadmisiblemente lenta marcha de la justicia, especialmente del orden contencioso-administrativo. Un supuesto como éste, tan extraordinariamente decisivo para un ciudadano (quizá no tanto para la Administración, y he aquí el problema) tarda más de ocho años en resolverse.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

– STSJ de Asturias de 26 de septiembre de 2003, I.L. J 2609 (recurso 2114/2002).

1. La sentencia analiza el caso de un trabajador que primero desempeñó sus funciones como funcionario de la Autoridad Portuaria y, con posterioridad, sometido al régimen laboral de alta dirección a través de varios contratos. En el último de los contratos firmados antes de su separación de la entidad, y consiguiente extinción de la relación, se establecía una cláusula indemnizatoria para el caso de resolución unilateral sin causa por parte de la empleadora consistente en 20 días de salario por cada uno de los meses que queden por cumplir del contrato con el límite de 24 mensualidades de indemnización. Además, se preveía una indemnización adicional para el supuesto de que se incumpliese el deber de preaviso. La Autoridad Portuaria, una vez extinguido su contrato de trabajo, se niega a abonar dicha indemnización entendiendo que el pacto es nulo por fijar una indemnización contraria a lo establecido en la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio para las Administraciones Públicas, adoptado por Consejo de Ministros del día 17 de diciembre de 1993 (BOE del 31).

2. La sentencia confirmó la decisión de instancia, declarando que la cláusula era válida en virtud de la autonomía privada a la que remite el RD 1382/85 en lo relativo a indemnizaciones en caso de extinción del contrato, pese a la prohibición establecida en la Resolución antes citada de abonar más de doce mensualidades en concepto de indemnización, incluyéndose en dicha cuantía la correspondiente al incumplimiento total o parcial del preaviso. Hay que tener en cuenta que, en el mismo proceso, ya había recaído con anterioridad otro fallo del mismo TSJ (STSJ de Asturias de 22 de febrero de 2002, recurso de suplicación 2769/2000), que declaró la competencia del orden jurisdiccional social y la validez de la relación laboral existente, en contra del criterio de otras Salas de lo Social de diversos TSJ, que habían declarado, bien que se trataba de una relación administrativa [SSTSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de febrero de 1998, AS. 1241; Comunidad Valenciana de 27 de enero de 2000, AS. 2293], bien que se trataba de una relación de naturaleza mercantil [SSTSJ de Andalucía (Granada) de 16 de noviembre de 1998, AS. 7015 y Murcia de 25 de abril de 1997, AS. 1977]. La validez de la cláusula contractual se basa, en primer lugar, en que durante las negociaciones previas al inicio del proceso se ofreció por parte de la Autoridad Portuaria una indemnización superior a la prevista en dicha Resolución. Además, por la ausencia del carácter de norma sustantiva del Acuerdo del Consejo de Ministros, que no supone ejercicio de la potestad reglamentaria al no haberse aprobado mediante RD. Y, por último, porque no se trata de un acto de la Administración reconducible a los arts. 56 y 57 de la Ley 30/1992, encontrándonos más bien ante una instrucción orientativa que deja a salvo posibles excepciones a analizar en cada caso.

3. La sentencia se enmarca en el ámbito del personal laboral de las Administraciones Públicas, en este caso, en un supuesto del personal directivo, pero presenta una argumenta-

ción de interés no sólo para este ámbito. En primer lugar, presupone la existencia de una dudosa relación laboral, calificada de alta dirección, que hasta el presente momento se ha venido negando por parte de otros TTSSJ. El problema fundamental que se deriva de la sentencia es la calificación de la relación como laboral de alta dirección, cuestión que carece de una cobertura legal clara. Así, la Ley 62/1997, de 26 de diciembre (BOE del 30) no califica dicha relación ni como laboral, ni como mercantil, ni como administrativa. Dado el carácter de Ente Público y no de sociedad estatal del organismo afectado, habría que entender que se trata de una relación laboral, siendo ésta de alta dirección de cumplirse los requisitos establecidos en el RD 1382/1985, sin que la pertenencia al Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria (órgano de naturaleza administrativa y no societario), que viene impuesta por imperativo de la Ley, pueda implicar la aplicación de la exclusión contenida en el art. 1.3.c) ET, frente a lo que han mantenido algunos TTSSJ con anterioridad. Es éste uno de los escasos supuestos en que, en el ámbito de las Administraciones Públicas, es posible cumplir los requisitos impuestos por el art. 1.2 RD 1382/1985, sin necesidad de otra norma legal de cobertura que permita considerar la relación como de alta dirección. Además, la sentencia pone también de manifiesto que las limitaciones impuestas a la voluntad de las partes en materia indemnizatoria no son válidas al carecer la Resolución en que se ampara la Administración de rango suficiente, esto es, RD.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

– STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de septiembre de 2003, I.L. J 2324 (recurso suplicación).

1. El demandante fue nombrado secretario de la Sociedad Pesquera, de su consejo de administración y de la asamblea en 18 de junio de 1997, sin que aportara capital, siendo socio fundador de aquélla. Sus funciones se concretan en recibir y tramitar solicitudes de ingresos en la sociedad pesquera, llevar los ficheros y el libro de registro de socios, custodiar el libro de actas, certificar los acuerdos, convocar las reuniones, la dirección de los trabajos administrativos de la entidad, confeccionar el acta de las reuniones de la asamblea y del consejo, ostentar la jefatura de personal. Fue contratado en 15 de diciembre de 1997 con la Sociedad Pesquera como secretario responsable de actuación administrativa, con categoría de licenciado técnico A, sin sujeción a horario, ni a jornada laboral, y sin vigilancia de la empresa, con remisión en lo no previsto al RD 1382/1985, de 1 de agosto, del PAD. El 20 de septiembre de 2002 el demandante dimitió de su puesto y pidió la indemnización de personal de alta dirección, a lo que siguió su cese por la demandada.

2. Se estima en la sentencia que cuando se desempeñan simultáneamente actividades de administración de la sociedad y de alta dirección, la consecuencia es que la relación de colaboración es de naturaleza mercantil, en principio, dado que no existe en nuestro Or-

II. Trabajador

denamiento una distinción entre los cometidos inherentes a los miembros de los órganos de administración de las sociedades y los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, que caracterizan al PAD. Si existe una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o por delegación, la relación es mercantil, en vez de laboral. El demandante era inicialmente secretario de la sociedad, con funciones incluso administrativas, por su condición de miembro del consejo de administración y secretario del mismo, lo que hace que se estime que es parte integrante de la propia entidad social. El contrato posterior es sólo una cobertura respecto de funciones y quehaceres ya asumidos y ejercitados por el actor. En consecuencia existe incompetencia del orden social.

3. Se debe observar que la Disposición Adicional Vigésima Séptima LGSS, exige para que un consejero o administrador se deba dar de alta en el RETA, que tenga el control efectivo, directo o indirecto de la sociedad, lo que no ocurre en el presente caso, pues, si bien uno de los socios fundadores es el padre del actor y representó a la sociedad que aportó el 50 por ciento del capital, no consta lo que fuera suyo de esa aportación. Tampoco es relevante que el representante de la Sociedad Pesquera con quien el actor se contrató como PAD fuera su padre. Eso podría tener que ver con la existencia de unos trabajos familiares o carentes de ajenidad, pero no con contratos mercantiles.

Es cierto que la actividad de socio consejero de un consejo de administración queda fuera del contrato de trabajo (STS de 25 de mayo de 1990 y otras) pero no es menos cierto que en la jurisprudencia se ha dicho que en el caso de un trabajador, vinculado a la empresa por un contrato laboral, que en un momento dado es nombrado vocal del Consejo de Administración de la Sociedad Anónima titular de tal empresa, siendo indudable que se trata de dos relaciones totalmente diferentes, aunque puedan pervivir conjuntamente ambas, y que, por consiguiente, ese empleado no podría acudir válidamente ante los Tribunales laborales para solicitar el cumplimiento a satisfacción de un derecho correspondiente a su condición de miembro del Consejo de Administración de la Sociedad, al ser de clara naturaleza mercantil (STS de 19 de diciembre de 1989).

La consecuencia es que pueden verse dos relaciones jurídicas, la mercantil y la laboral, sin que los temas atinentes a su actividad como socio fundador sea incardinable en el contrato de trabajo, ni en la competencia del orden social, pero sí lo es cuanto deriva de su contrato de PAD. No obstante, en el presente caso, los antecedentes son suficientes para llegar a solución distinta de la sentencia anotada, porque se detecta que las tareas del actor son de corte burocrático y de jefatura de personal, de modo que son subsumibles en un contrato de trabajo especial de PAD, que lejos de ser una cobertura mala, constituye la cobertura formal que antes debió tener la relación con la sociedad, esto es, desde 18 de junio de 1997.

C) Administradores sociales

– STSJ del País Vasco de 28 de noviembre de 2003, I.L. J 2706 (recurso 2090/2003).

1. La sentencia se ocupa del caso de un trabajador que, inicialmente, tuvo una relación de carácter mercantil con la sociedad, al ser administrador solidario y titular del 50 por ciento

del capital social. Posteriormente, pasa a iniciar una relación laboral, al renunciar al cargo societario y quedarse con una participación social claramente minoritaria. Dicha relación es calificada de mutuo acuerdo como de alta dirección, nombrándole Director General y otorgándole los poderes correspondientes. Ello no obstante, con posterioridad, asume el cargo de Consejero Delegado, siendo finalmente separado del cargo, y unos días más tarde se le revocan sus poderes generales y se le prohíbe la entrada en la empresa.

2. La Sala de lo Social estima parcialmente el recurso que se interponía contra la declaración de incompetencia del orden social, entendiendo que la relación con la sociedad no se había producido en el momento de separación del cargo de administrador ejecutivo, sino en el momento en que le fueron revocados los poderes generales de la empresa y se le prohíbe el acceso a la misma.

3. Nos encontramos ante uno de los típicos supuestos de flexibilización *de facto* de la doctrina jurisprudencial del vínculo, que ya ha venido reconociendo algún otro TSJ, señaladamente el de Madrid. Así, dado que la relación habría devenido con el tiempo mercantil, por asunción del cargo de consejero delegado, se “aprovecha” el hecho de que se tarde unos días en la revocación de los poderes generales y en la negativa a la entrada en la empresa (pese a no demostrarse que el trabajador asistiera regularmente a su trabajo desde que se produjo la separación del cargo de administrador) para entender que la relación laboral ha resurgido, regulándose por el contrato de alta dirección en su día firmado por las partes. De esta forma, aunque de manera tácita, la sentencia se coloca en una línea favorable a la suspensión automática de la relación laboral preexistente una vez que se asume el cargo de administrador, y a la reapertura de dicha relación laboral en el momento del cese. Lo que no entra a valorar la sentencia es la fórmula de cálculo de la indemnización por desistimiento o despido improcedente, al tratarse de una sentencia devolutiva.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

– STSJ de Asturias de 17 de octubre de 2003, I.L. J 2601 (recurso suplicación).

1. La demandante trabaja a comisión con la demandada, y aquella se cifra en el 8 por ciento de las ventas que efectúe a los establecimientos comerciales del ramo de la moda, practicándose las correspondientes liquidaciones en cada temporada, sin que haya constancia de que esté sujeta a instrucciones relativas al desarrollo de dicha actividad, pues no está sometida a horario, ni a una previa fijación de clientes por parte de la demandada, actuando con libertad en la prestación de sus servicios.

2. Se estima en la sentencia, siguiendo la jurisprudencia del TS, que se trata de una persona sujeto de un contrato de agencia, regulado en la Ley 12/1992, porque la diferencia fundamental se encuentra en que los representantes de comercio tienen dependencia, mientras que carecen de ella los agentes comerciales, siguiendo en ello la Directiva 86/653 CEE. Se ha de presumir excluida la dependencia cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover y concluir actos u operaciones de comercio,

II. Trabajador

despliega dicha actividad en términos de independencia. Así ocurre cuando queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma lo hace conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido en el desenvolvimiento de su relación, y actúa sin control previo ni posterior, en cuyo caso se tratará de un agente autónomo. Si sigue un plan empresarial previamente diseñado o exigente de un determinado comportamiento en cuanto a horas, clientes, controles, etc., se tratará de un representante de comercio.

3. Se afirma en la jurisprudencia (STS de 2 de julio de 1996, por todas) que la relación traída al proceso no es incardinable en la laboral especial, dado que la parte recurrida, al desarrollar el contrato de agencia que concertó, actuó con plena independencia funcional, rigiendo por sus propios criterios su actividad y el tiempo dedicado a la misma, limitándose las instrucciones recibidas a materias imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de su actividad, cual era la fijación del precio de los productos correspondientes a la intermediación que hacía. Tal relación no sólo fue concertada con exclusión de dependencia, sino que en su desenvolvimiento real se produjo con ausencia de tal nota, lo cual lleva a la conclusión indicada y fuerza a entender que dicha relación revistió naturaleza mercantil.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– SSTs de 18 de noviembre y 4 y 9 de diciembre de 2003, I.L. J 2252, 2294 y 2389 (recursos de casación para la unificación de doctrina 4382/2001, 1675/2002 y 1624/2003, respectivamente).

1. La situación contemplada en los tres casos presenta a trabajadores dependientes de un organismo público español (Ministerio de Asuntos Exteriores, oficina de turismo dependiente del Ministerio de Economía o consejería laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales) que prestan sus servicios en el extranjero y que defienden su derecho, por las circunstancias en ellos concurrentes, a que les sea aplicado el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado. En todos los casos, las demandas planteadas fueron estimadas. Son, por tanto, los citados organismos públicos los que interponen los recursos de casación para la unificación de doctrina que aquí las sentencias comentadas resuelven.

2. El Tribunal Supremo pone de manifiesto que la cuestión planteada, idéntica en los tres supuestos, ya ha sido resuelta por la Sentencia de 14 de mayo de 2003 (y otras sucesivas), acordada en Sala General. La problemática se reconduce a indagar el significado que se deba atribuir a la expresión “personal laboral contratado en el exterior” que es excluido de la aplicación del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado. A juicio del citado órgano, tres son las razones que llevan a concluir que lo que la citada expresión quiere decir es personal contratado “para trabajar en el exterior”. En primer lugar, se considera que atenerse a la literalidad del precepto conduce a resultados absur-

dos: así, el que se aplique el convenio a un trabajador que firma el contrato en la sede del Ministerio en Madrid y se excluya a otro empleado que lo suscribe en la correspondiente oficina extranjera, cuando ambos van a prestar los mismos servicios en territorio no nacional. En segundo lugar, se recuerda que es tradición que el Convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Economía se incluya una cláusula, en virtud de la cual, queda excluido del ámbito de aplicación del mismo todo “el personal laboral destinado en el extranjero”. Y, por último, se trae a colación el art. 1285 del Código Civil en torno a la interpretación de los contratos y se apela a la naturaleza de las cosas, para señalar que el conocimiento de la voluntad de las partes también se consigue a través de actos coetáneos y posteriores. Y, en este sentido, se destaca que en 1998 se suscribió un acuerdo entre la Administración y los sindicatos más representativos para la negociación de las condiciones laborales del personal del servicio exterior, lo que vendría a poner de manifiesto que el rasgo clave para la diferenciación no es el lugar de celebración del contrato, sino el lugar en el que se realiza la prestación de servicios.

3. La argumentación de la sentencia no es lo suficientemente convincente como para eliminar las dudas en torno a la posible aplicación en todos estos casos del art. 1.4 ET, tal y como invocan los demandantes. Es cierto que el citado precepto no recoge en su ámbito de aplicación los contratos celebrados en el extranjero, lo que nos conduciría a un tratamiento distinto según el lugar de suscripción del contrato, algo absurdo en este caso. Sin embargo, no debe desconocerse que la finalidad del citado artículo es la de proteger a aquellos empleados que sean desplazados por sus empresas a países donde los trabajadores disfrutan de menores garantías jurídicas. Tal riesgo no concurre en los supuestos analizados porque el destino es un país desarrollado, pero podría no ser así. Por lo demás, el que los sindicatos hayan suscrito con la Administración un acuerdo sobre las condiciones de trabajo de este tipo de trabajadores no permite desconocer el ordenamiento jurídico vigente.

C) Autónomos

– STSJ de Canarias (Las Palmas) de 18 de septiembre de 2003, I.L. J 2592 (recurso 704/2003).

1. La actora impartió clases de inglés, de 1997 a 2002, a los empleados de la empresa Astilleros Canarios, SA, en sus locales, dentro de las acciones formativas realizadas por la empresa y, en los últimos años, subvencionadas por el Fondo Social Europeo. La actora daba clases particulares y desempeñaba actividades semejantes en el Aula de Idiomas, figurando en alta en el RETA. La jornada oscilaba semanalmente entre 18 y 20 horas, facturando a la entidad demandada por hora/alumno; se le abonaba también una cantidad en concepto de “gastos de traslado” con deducción del IRPF. La actora determinaba la metodología de la enseñanza, aunque desde la Dirección de Recursos Humanos se le informaba acerca del nivel de formación que interesaba a la empresa. Las ausencias al trabajo daban lugar a la recuperación posterior de las clases, si no había sido la actora sustituida por otro profesor.

2. El Juzgado de instancia declaró incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, siendo plenamente confirmada por la Sala, tras rechazar los motivos del recurso de suplicación interpuesto por la actora por las vías del art. 191.b) y c) LPL. Se interpreta a tal efecto que entre las partes no se concertó un contrato de trabajo, finalizado por despido, sino una relación de colaboración profesional dimanante de un contrato civil de arrendamiento de servicios. Razona la Sala que “(...) la línea divisoria entre el contrato de trabajo y el contrato de arrendamiento de servicios está en la nota de la dependencia, definida por la jurisprudencia como integración en el círculo rector y disciplinario del empresario”. Por lo demás “(...) la dependencia, en una interpretación de la norma adecuada a la realidad social (...) no puede entenderse que necesariamente se manifieste por los indicadores clásicos de jornada, horario preestablecido, puesto de trabajo en las dependencias de la empresa, ordenación y control continuos; por el contrario, en un caso como el de autos, puede reflejarse en otros aspectos de la ejecución del trabajo, como la programación exclusiva del mismo por la empresa para todos o la mayoría de los períodos de servicios, la ordenación de las tareas mediante directrices detalladas y minuciosas, la imposibilidad de aceptar o rechazar las tareas encomendadas, así como la de no contar con colaboradores, esto es, la insustituibilidad del prestador de los servicios, la existencia de mecanismos de control y supervisión de la actuación profesional y la determinación de la retribución por decisión exclusiva de la empresa. Cuando se dan estas notas o indicios de dependencia, en una valoración conjunta, puede servir para apreciar la existencia de relación laboral, mientras que si faltan, puede entenderse existente un arrendamiento de servicios”. Respecto de la importante cuestión de la carga de la prueba, la sentencia se inclina por aplicar el art. 217 LEC (anterior art. 1214 CC), imputándosela a la actora, al entender que el art. 8.1 LET “(...) no contiene propiamente una presunción *iuris tantum* de laboralidad (al modo de la que contenía el art. 3 LCT 1944), sino más bien una definición de la relación laboral, puesto que para que actúe la indicada presunción del art. 8.1 LET es preciso que la actividad se preste dentro de ese ámbito de organización y dirección de otro y que el servicio se haga a cambio de una retribución, o, lo que es lo mismo, la operatividad de la presunción impone el acreditamiento de la prestación de servicios bajo las notas de ajenidad, dependencia y carácter retribuido de aquélla, que son precisamente las notas características del contrato de trabajo en su configuración por el art. 1.1 LET (...)”

A partir de ahí la Sala se inclina por considerar inexistente la relación laboral en el supuesto de hecho cuestionado, entendiendo ausentes las notas de ajenidad y dependencia, valorando positivamente la libertad con la que se prestaban los servicios de la actora, incluido el horario, sin sueldo o retribución fija, y autonomía en la impartición de las clases, pudiendo ser sustituida por otro profesor y faltando la programación empresarial. Y, a la vez, valorando negativamente que las clases se desarrollasen en los locales empresariales.

3. El extenso y cuidado razonamiento expuesto no es convincente e incluso en toda su primera parte parece contradictorio con el resultado final. En verdad la libertad de la actora no era muy distinta a la de una buena parte del profesorado de centros docentes públicos y privados, pacíficamente calificados como trabajadores de régimen laboral, mientras que ni el modo de prestación en cuanto al tiempo de trabajo o en cuanto a la forma de pago sean elementos determinantes de la calificación jurídica de vínculo contractual alguno.

l) Trabajadores extranjeros

– STS de 6 de mayo 2003, I.L. J 2496 (recurso 290/1999).

1. El recurso se interpone contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ Madrid que estima el recurso del demandante contra la resolución dictada por la DPT de Madrid denegatoria del permiso de trabajo por cuenta ajena solicitado. El TSJ Madrid declara nula la resolución por no ser ajustada a Derecho y acuerda conceder al recurrente el permiso de trabajo solicitado.

2. El TS deduce de la jurisprudencia la necesidad –siempre bajo el régimen de la LO 7/1985 y su Reglamento– de contemplar las circunstancias de cada caso, según la prueba practicada, que puedan privar a la existencia de trabajadores españoles demandantes de empleo de virtualidad como circunstancia obstativa de la concesión de un permiso de trabajo a extranjero. “Así ocurre cuando el peticionario o interesado ostenta cualidades laborales, especiales conocimientos u otras condiciones de particular adecuación al puesto de trabajo solicitado en virtud de especialización laboral o relación de confianza con el empleador en puesto de trabajo que la exija”. La sentencia impugnada no infringe esta interpretación, a juicio del Tribunal, cuando afirma que no consta cuántos de los demandantes de empleo españoles como auxiliares de clínica tienen la formación especializada requerida para el puesto de trabajo solicitado –protésico dental–, entendiendo que los servicios deben desempeñarse en una clínica dental. “No puede aceptarse la alegación de que los especiales conocimientos en materia protésica no son significativos para desempeñar la labor de auxiliar de clínica dental, atendida la especialidad y autonomía que ostenta la odontología en general, y la especialidad protésica en particular, frente a la actividad médica, en relación con la cual se desenvuelve genéricamente la función de los auxiliares de clínica. Por consiguiente, resultaba preceptivo que la Administración en su informe especificara si entre los auxiliares de clínica desempleados existían peticionarios que reunieran una especial cualificación o experiencia para el trabajo en una clínica odontológica. Al no haberlo hecho así, ante la falta de prueba de este requisito, debe concluirse que la existencia de auxiliares de clínica desempleados respecto de los que no consta una especial experiencia o cualificación profesional para el desempeño de las funciones respecto de las cuales el interesado ostenta especiales aptitudes no es suficiente para impedir que se autorice a favor de éste el permiso de trabajo solicitado”.

3. No es éste un supuesto en el que se evalúe el concepto de trabajador, sino la posibilidad o no de ser contratado un trabajador extranjero. En este sentido y en este caso concreto, el grado de especialización del candidato al puesto de trabajo prima sobre la existencia de demandantes de empleo nacionales con la titulación requerida para el mismo. De acuerdo con la normativa aplicable al supuesto enjuiciado, anterior a la LO 4/2000, 11 de enero (BOE del 12), cabe hacer una valoración como la efectuada por el TS si se tiene en cuenta que prevalece la especial cualificación del extranjero que se contrata para el puesto de trabajo. Con todo, se trata de una valoración un tanto liviana pues deducir que,

II. Trabajador

de todos los desempleados auxiliares de clínica existentes en España, ninguno dispone de los conocimientos oportunos en prótesis dental para ocupar el puesto de trabajo ofertado demuestra una cierta relajación, si no en el Tribunal —condicionado por el desarrollo del procedimiento judicial y por los hechos declarados ya probados con anterioridad—, sí por parte de la Administración que no detalla la capacitación profesional concreta de los demandantes de empleo, permitiendo que se den circunstancias como ésta. En la actualidad, la solución podría ser idéntica pero, sin duda, el TS llegaría a ella con más dificultad. En primer lugar, porque el art. 38 LO 4/2000 (modificada por la LO 8/2000, 22 de diciembre, BOE del 23) exige que se tenga en cuenta la situación nacional del empleo para la concesión del permiso de trabajo por cuenta ajena (art. 38.1). En segundo término, porque el Gobierno tiene competencia para designar anualmente un contingencia de ofertas de empleo para trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España, con indicación de sectores y actividades profesionales (art. 39). En tercer lugar, porque tan sólo en determinados casos (arts. 40 y 41) dejará de considerarse la situación nacional de empleo o se estará exento de la solicitud del permiso de trabajo pero en ninguna de ellas se aprecia la situación descrita en el supuesto de hecho. Y, en cuarto término, porque tan sólo el art. 70.1.1.a) RD 864/2001, 20 de julio (BOE del 21) valora la “insuficiencia de trabajadores en todo el territorio nacional, tanto españoles como comunitarios o extranjeros autorizados para trabajar, capacitados para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo solicitado por la empresa”, único argumento que podría utilizarse hoy si no fuera porque, aplicando este precepto al supuesto de hecho, difícilmente pudiera ser probada la inexistencia de especialistas como el trabajador recurrente entre nacionales, comunitarios y extranjeros autorizados para trabajar.

— **ATS de 2 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2354 (recurso contencioso-administrativo 60/2003).

1. La recurrente solicita la suspensión de los incisos que se dejan mencionados de los arts. 2 y 11.3.c).4 del RD 178/2003 sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El art. 2 dispone la aplicación de sus normas a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la UE y de otros Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, “siempre que mantengan un vínculo de convivencia estable y permanente con éstos” y es respecto a este último inciso del que se solicita la suspensión de ejecución por parte de la recurrente considerando que mantener la aplicación de este inciso supone excluir de la aplicación del RD a personas que conforme a los reglamentos comunitarios y directivas que vinculan a nuestro país deben estar incluidas en la misma. Por otra parte, el art. 11 regula en su apartado 3.c).4 la exención del requisito del visado cuando no exista mala fe en el solicitante y concurra y se trate de extranjeros que sean cónyuge de español o residente legal que sea nacional de un Estado parte del acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho “y se acredite la convivencia en España al menos durante un año”.

2. El TS considera en este Auto que la petición de suspensión se fundamenta, en esencia, en una infracción normativa y, principalmente, en “la apariencia del buen derecho, principio

que como esta Sala ha declarado reiteradamente requiere una prudente aplicación para no prejuzgar, al resolver el incidente de medidas cautelares, la decisión definitiva del pleito, ya que de lo contrario se quebrantaría el derecho fundamental al proceso con las debidas garantías de contradicción y prueba, aceptando la doctrina de esta Sala la aplicación de dicho principio solamente en supuestos en que se solicita la nulidad del acto administrativo dictado al amparo de una norma o disposición de carácter general declarada previamente nula o cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente”. En este caso, tal doctrina no permite por sí sola la adopción de la medida cautelar de suspensión pues, con referencia al art. 2, “el precepto habla o alude a una relación familiar basada en la convivencia y en la aplicación de tal requisito (lo que) no causa ningún perjuicio de difícil o imposible reparación a quienes no formen parte realmente del núcleo familiar, así como, de no mantenerse dicho requisito, se estaría facilitando el fraude en relación con el ámbito de aplicación del Real Decreto, dadas las diferencias de tratamiento entre el régimen general de extranjería y el régimen comunitario que existen sobre la base de nuestros compromisos dentro del ámbito de la UE”. Por lo que se refiere a la suspensión del inciso final del art. 11.3.c).4 RD recurrido, ha de tenerse en cuenta que la Sentencia de esta Sala de 20 de marzo de 2003 y en relación con lo dispuesto en el art. 49.2.e) RD 864/2001, de 20 de julio, ha declarado la nulidad del inciso “en España” recogido en dichas normas, cuyo texto se reproduce en el precepto impugnado por lo que sin acoger la petición de suspensión del inciso total “convivencia en España al menos durante un año” sí ha de suspenderse el inciso “en España” que se contiene en dicho precepto y ello por aplicación de la doctrina jurisprudencial antes mencionada en relación con el *fumus boni iuris* ya que, anulado ese inciso de la norma contenida en el art. 49.2.d) y e) RD 864/2001, de 20 de julio, procede ahora suspender el mismo inciso “en España” contenido en el precepto recurrido que es una reiteración de lo dispuesto en el anulado por la STS de 20 de marzo de 2003.

3. Tampoco afecta directamente la cuestión que se plantea en esta sentencia al concepto de trabajador sino a la autorización para ejercitar el trabajo. En cualquier caso, la solución adoptada no puede ser distinta si se tiene en cuenta que coincide con la ya resuelta por esta misma Sala en la STS de 20 de marzo de 2003 (recurso contencioso-administrativo 488/2001). En ella el Tribunal defendió la inexistencia en el precepto legal de condic ionante alguno a la convivencia en España durante al menos un año como requisito para poder conceder la exención de visado a quien sea cónyuge de residente en España. Establecer reglamentariamente la exigencia de que esa convivencia tenga que ser necesariamente en España “implica una restricción que va más allá de la exigencia legal y quiebra por tanto el principio de legalidad amén de que supone obligar a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular. Si el legislador hubiera querido imponer el requisito de la convivencia en España, hubiera efectuado la remisión al art. 16 de la ley, que se encuentra en el mismo capítulo relativo a la reagrupación familiar y que sí se refiere a la residencia en España” (FJ 6º). En efecto. Si tiene sentido solicitar la convivencia como muestra de vinculación entre quien es residente y quien solicita la exención de visado, no lo tiene, al menos reglamentariamente y sin base legal, que dicha convivencia haya de ser en nuestro país pues como agudamente apunta la STS de 20 de marzo de 2003, ello supon-

dría obligar a residir de forma ilegal durante un año. La *ultra vires* de la norma reglamentaria queda demostrada y, por tanto, la solución ha de ser idéntica en el supuesto que origina esta nueva decisión judicial.

J) Otros

– STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2003, I.L. J 2450 (recurso de suplicación).

1. El demandante participó en un proceso de selección organizado por empresa especializada, para la asignación de un puesto de dirección de comercial y de operaciones. Fue uno de los candidatos propuestos por aquella empresa, junto con otros dos. A los tres se les encargó la realización de un proyecto, que el demandante ejecutó, y también otro de los aspirantes. El actor inició negociaciones con la empresa, pero no hubo conformidad en temas de período de prueba y de indemnización por extinción del contrato, si bien existió un proyecto de contrato de trabajo. En alguna reunión fue presentado por la administradora de la empresa como general de la misma. Al regresar a Madrid dicha administradora comunicó a la empresa de selección que el perfil del demandante no encajaba en el previsto para el puesto. Esta decisión se la comunicó la empresa de selección al demandante.

2. Se niega en la sentencia que exista un contrato de trabajo, sino la realización de un proyecto junto con otros dos candidatos seleccionados, y que, si bien se celebraron negociaciones para intentar pactar un contrato con el actor, no se obtuvo acuerdo que culminara en la perfección de un contrato de trabajo, de donde se infiere que el vínculo laboral se limitara a la simple realización de aquel proyecto. No hay contrato escrito, ni hay prestación de servicios más allá de la realización durante unos días de aquel proyecto que la empresa solicitó a los aspirantes al puesto de dirección. No existe apoderamiento, ni pago de retribución alguna, siendo inhábil la prueba testifical para rectificar el relato de hechos probados.

3. Se expresa en la jurisprudencia que si existe precontrato de trabajo y se incumple, debe indemnizarse por los daños producidos (STS de 15 de marzo de 1991), y se dice también que si se ha contratado pero no se ha ejecutado el contrato, pues el actor no tomó posesión de su cargo ni desempeñó en ningún momento los puestos de destino, significa que no ha llegado a haber prestación de servicios sino únicamente un compromiso que, en el supuesto de haber resultado incumplido por culpa del empresario, podría ser determinante de una indemnización de daños y perjuicios, pero que nunca podría producir los efectos legales de un despido (STS de 30 de abril de 1991). También se dice que no queda concluido un contrato originador de específica relación laboral entre las partes, si existió una relación jurídica precontractual o prenegocial, equivalente a un precontrato de trabajo, que participa de la naturaleza laboral –y no civil– de éste (SSTS de 9 de febrero y 2 de mayo de 1984), –originador de culpa *in contrahendo* para la demandada (SSTS de 16 de diciembre de 1976)–. En definitiva, una relación atípica dirigida a un *contrahere* futuro; a lo que se une que la demandada, al propiciar que el actor obtuviera el título de Vigilante Jurado, incluso la baja del mismo en el Cuerpo de la Guardia Civil y luego no formalizara su contratación, incurrió en la culpa expresada; y por imperativo de lo previsto en los arts. 1101 y 1103 y

concordantes del Código Civil está obligada a la indemnización de los daños y perjuicios que causó al actor.

Pero es que, en el presente caso, no ha existido contrato de trabajo ni precontrato, ni promesa de contrato, sino tan sólo negociaciones previas, dentro de las cuales tiene lugar el encargo de un proyecto a los tres aspirantes, que han superado la primera prueba, con dos obstáculos al proyecto de contrato, que impidieron que cristalizara uno de ellos, el relativo al período de prueba, planteado por el propio demandante. No es que haya existido un contrato de trabajo “durante unos días”, ni un vínculo laboral limitado a la “simple realización de aquel proyecto”, sino que ha tenido lugar una prueba de selección, ajena a la naturaleza y contenido del contrato de trabajo, sin concurrir compromiso de contrato de trabajo, sino mera oferta general no constitutiva de compromiso de contratación incondicional con el demandante.

– STSJ de Navarra de 15 de octubre de 2003, I.L. J 2636 (recurso 342/2003).

1. El supuesto de hecho que ha dado lugar a la sentencia que ahora se comenta tiene su origen en la demanda que en su día presentó la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Navarra en los Juzgados de lo Social de dicha localidad para que se declarase la existencia de una relación laboral entre una empresa de hostelería y once trabajadoras. Según se refiere en el Acta de Infracción levantada por la Inspección, al efectuar una visita al centro de trabajo de la empresa demandada conocido como Hotel Carioca, se comprobó que estaba abierto al público y que en él se desarrollaba la actividad de alterne. Varias mujeres se encontraban en la barra con los clientes, vestidas con una indumentaria especial. La Inspección comprobó también que estas personas realizaban dicha actividad en los locales de la empresa y dentro del horario de apertura del hotel, percibiendo una comisión del 50 por ciento sobre el importe de sus consumiciones cargadas al cliente, el resto era para el titular del negocio que cobraba al cliente a través del camarero o del encargado de la barra, abonando posteriormente a cada alternadora la comisión indicada. Nunca se suscribió un contrato de trabajo ni un contrato civil o mercantil, estas personas se alojaban en el hotel abonando una cantidad diaria por ello. La empresa demandada alegó en su descargo que lo que existía era “un hospedaje totalmente libre donde estas personas abonan su estancia en el centro residencia, y a su libre albedrío, con los horarios que ellas mismas establecen, ejercen, siempre que lo desean, una actividad de alterne con los clientes que acuden al citado local”.

Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia desestimatoria de la demanda de procedimiento de oficio interpuesta por la Inspección de Trabajo absolviendo a los demandados al no apreciar existencia de relación laboral entre la empresa y las referidas once mujeres empleadas. Frente a este pronunciamiento se interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra cuya sentencia es objeto de este comentario.

II. Trabajador

2. En efecto, como motivo fundamentador del recurso se argumenta que es contradictorio considerar probado que las empleadas percibían el porcentaje citado de las consumiciones abonadas, realizando la actividad de alterne en el horario de apertura del local y concluir que no existe remuneración, ni jornada, ni se encuentran sometidas al ámbito de organización de la empresa codemandada. Para la resolución del supuesto planteado, el Tribunal invoca jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo así como doctrina jurisprudencial de los Tribunales Superiores de Justicia, estas últimas referidas, además, a supuestos similares al planteado ahora en los que la organización empresarial consistía en que la actividad de alterne se hacía por cuenta de los titulares de un establecimiento abierto al público y a cambio de una retribución por comisión. La Sala entiende, teniendo en cuenta la presunción de laboralidad establecida en el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores cuando se presta trabajo por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de otro, que si se dan estas condiciones la actividad de alterne ha de considerarse laboral.

El requisito de la dependencia ha de entenderse no como una, en palabras utilizadas en distintos pronunciamientos judiciales, “subordinación rigurosa y absoluta”, sino como una inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial. Así pues, la permanencia estable de las empleadas en el local de alterne, pese a que poseen cierta libertad para realizar iniciativas de captación de clientes y también con respecto al horario, indica a juicio del tribunal de suplicación, que éstas se dedicaban a la actividad de alterne por cuenta del titular del establecimiento y a cambio de los porcentajes de retribución que han quedado expuestos. En consecuencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, aprecia la existencia de relación laboral.

3. El Tribunal Supremo distingue entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, afirmando el carácter laboral de esta última siempre que se acredite la ajenidad de la prestación de la actividad y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. Existe una razón, fundamental, que ampara el anterior razonamiento y que estriba en que la actividad de alterne, previa la existencia de una organización de capital y trabajo, genera unos rendimientos económicos que deben estar sometidos a las condiciones, no sólo tributarias, sino también laborales que protegen a los trabajadores. Es ésta una cuestión delicada, que sin duda ha de plantearse de una manera creciente ante los tribunales debido a la escasa y poco clara regulación existente en una materia que se halla vinculada con el tratamiento que deba darse al ejercicio de la prostitución. Es posible sostener que el acuerdo mediante el cual alguien participa de las ganancias que se derivan de la prostitución (o actividad de alterne como se dice en esta sentencia), a cambio de facilitarle los medios para desarrollar su actividad, no constituye una relación laboral eficaz puesto que su causa es ilícita. Sin embargo, y a pesar de la indudable implicación que para la dignidad de las personas tiene este tipo de actividades, o quizá, y precisamente en atención a esta circunstancia, es necesario utilizar la Ley para proteger los derechos de las personas que se dedican a esta actividad, fundamentalmente con el objetivo de protegerlas frente a comportamientos extorsionadores de los proxenetas. En este supuesto concreto, parece suficientemente probado que estas once mujeres, mayoritariamente extranjeras, se alojaban en el citado hotel y se ha acreditado la existencia de dependencia y ajenidad. En la medida en que la declaración

de laboralidad de su vínculo con la organización empresarial cumple este cometido de proporcionar a estas personas la protección que dispensan las normas laborales, se produce un resultado satisfactorio desde el punto de vista de justicia material.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Concepto a efectos laborales. B) Profesores de religión y moral católica en centros de enseñanza primaria. **3. Grupo de empresas.** A) Cómputo de la antigüedad a efectos indemnizatorios. B) Extinción del contrato por causas objetivas ex art. 52.c) ET. C) Responsabilidad solidaria: requisitos. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión ilegal. B) Noción de propia actividad. C) Contratación temporal vinculada a la celebración de una contrata. D) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa. E) Responsabilidad solidaria: es presupuesto indispensable que se trate de obras correspondientes a la propia actividad. F) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. **5. Cesión ilegal.** A) Notas definitorias. B) Diferencias con la contrata. C) Responsabilidad solidaria: imputación. **6. Sucesión de empresas.** A) Elementos del supuesto de hecho. B) Subrogación contractual: de nuevo sobre el caso de la liberalización del *handling* en los aeropuertos. C) Condiciones laborales tras la subrogación. D) Requisitos de la subrogación: no es necesario el consentimiento de los trabajadores. E) Sucesión de contratas y concesiones administrativas. F) Responsabilidad solidaria.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2187 a J 2761) 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 empresa, 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) Concepto a efectos laborales

En el contexto del análisis de cuestiones diversas acerca de las responsabilidades del empresario en la relación de trabajo —y no propiamente en el análisis de la identificación de la figura que ocupa la posición de empleador en una determinada relación laboral—, algunas de las sentencias recaídas en el período que estudiamos, y que son objeto de examen en apartados sucesivos, contienen algunas indicaciones sobre los caracteres y elementos definidores de la noción de empresario laboral que consideramos puede resultar de interés y que pasamos a sistematizar.

Respecto a distintos supuestos de imputación de responsabilidad al existir una cesión ilegal de trabajadores, la **STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003**, I.L. J 2209, con apoyo en el art. 1.2 ET dispone que “serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas, que reciban la prestación de servicios” del trabajador y señala que dada la inexistencia de la empresa como tal, al no hallarse inscrita en el Registro Mercantil, el responsable de las consecuencias de la declaración de la cesión ilegal es “la persona (física) que legalmente ha representado a esta sociedad inexistente, es quien debe responder por ella”; y la **STSJ de Asturias de 24 de octubre de 2003**, I.L. J 2596, afirma que “el hecho de que preste servicios en las dependencias de la Delegación de Gobierno, con sus medios materiales y sometidos a (su) supervisión (...), no permite hacer derivar hacia dicho organismo responsabilidad alguna por la cesión ilegal de trabajadores, pues sólo es imputable a quien incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección”.

Por su parte, también en el marco de la cesión de trabajadores, en concreto en la tarea de deslindar entre ésta y la contrata, la **STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003**, I.L. J 2550, declara “que, en el área del Derecho Laboral, el empresario es toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma. Cuando en una determinada explotación o negocio existen unos elementos primordiales, unos medios materiales de producción, es el empresario quien ostenta sobre ellos poderes de mando, dirección, decisión y gestión (...) Y en relación con los trabajadores que prestan servicios en la empresa, al empresario se le reconocen las facultades que se desprenden de lo que disponen específicamente los arts. 5 y 20 ET (...) Por ello, mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio (...) Tampoco

III. Empresario

se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal”.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2003**, I.L. J 2196, en el ámbito de la delimitación de los elementos caracterizadores de la sucesión de empresas, afirmará que “el empresario no es necesariamente el propietario de los instrumentos de producción, sino propietario de ese elemento creativo/organizativo que determina el concepto jurídico de empresa, concepto que no está constituido por los bienes del empresario sino por los bienes organizados por aquél”.

B) Profesores de religión y moral católica en centros de enseñanza primaria

De nuevo la **STS de 3 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2388, aborda una cuestión relacionada con la situación laboral de los profesores de religión católica en centros públicos, si bien, en esta ocasión, el debate no se centra tanto en la determinación de quién ostenta la condición de empresario, si la Comunidad Autónoma o el Ministerio de Educación, cuanto en la concreción del régimen retributivo que les corresponde tras la modificación introducida por el art. 93 de la Ley 50/1998 en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 21/1990, de ordenación general del sistema educativo. Por lo que a nuestra materia concierne, sin entrar, por tanto, a detallar la problemática remuneratoria de fondo, la sentencia continúa la línea ya marcada en pronunciamientos precedentes del Tribunal Supremo según la cual en estos supuestos las obligaciones empresariales, en esta ocasión, bajo la forma de abono de las cantidades salariales reclamadas, corresponde a la Administración central y no a la autonómica.

3. GRUPO DE EMPRESAS

A) Cómputo de la antigüedad a efectos indemnizatorios

Entre las consecuencias anudadas a la constatación de la existencia de un grupo o unidad empresarial se sitúa la de computar la antigüedad del trabajador de forma global, tomando como punto de partida la fecha de inicio del primer contrato con cualquiera de las empresas que conforman el grupo. En este sentido, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2003**, I.L. J 2243, tras constatar que “las codemandadas tienen igual accionariado y (...), unos mismos directores y gestores, un mismo domicilio social y establecimientos, un objeto social y una actividad prácticamente idéntica a lo que se une la utilización indiferenciada tanto simultánea como sucesiva de los servicios de unos mismos trabajadores para las dos codemandadas”, y recordar que el grupo de empresas merece un examen casuístico, diferenciando esta situación de la relativa a la llamada Unión Temporal de Empresas –“lícita situación, no asimilable a la que precisa de la investigación y del levantamiento del velo”–, llega a la conclusión de que en el caso de autos, la indemnización que corresponde al trabajador por despido improcedente debe calcularse teniendo en cuenta, a efectos de antigüedad, no la fecha del contrato con la empresa que directamente lo despidió sino la relativa al primer contrato que suscribió con la otra empresa que forma parte del grupo.

Esta misma materia, centrada en la determinación del tiempo de servicios que debe ser computado a los efectos de calcular la indemnización del despido en supuestos de sucesión de contratos temporales para empresas distintas, de forma sucesiva y sin que haya existido una solución de continuidad significativa, es objeto de análisis por la **STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2003**, I.L. J 2629, con resultados similares a los recién comentados aunque con mayor carga argumental, al menos por lo que afecta a la existencia de grupo empresarial y sus consecuencias. De forma esquemática, la Sala, con apoyo constante en la doctrina del Tribunal Supremo, razona de la siguiente forma: —la cuestión a dilucidar es si las empresas constituyen o no un grupo empresarial; —en la resolución de este problema la jurisprudencia ha destacado la imposibilidad de dotar de un tratamiento único a los diversos supuestos de agrupación de empresas, siendo, en todo caso, necesario que el nexo o vinculación entre las empresas reúna ciertas características especiales para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en el ámbito laboral; así, la dirección unitaria de varias entidades empresariales podrá ser determinante de la existencia de un grupo empresarial pero no es suficiente para afirmar la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Para que tal responsabilidad solidaria tenga lugar hace falta un plus, un elemento adicional que la jurisprudencia ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo. 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo. 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales. 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección; —las consecuencias jurídico-laborales de las agrupaciones de empresas no son siempre las mismas, sino que, dependiendo de las características funcionales del grupo y del aspecto de la relación de trabajo afectado por la pluralidad empresarial, aquéllas oscilan entre el reconocimiento de una única relación de trabajo —no escindida por la existencia de varios empresarios—, la afirmación de la presencia de un empresario único —más allá de la apariencia de posiciones empresariales distintas—, o, en fin, la imputación de responsabilidad solidaria al empresario que ostenta la posición de cabecera del grupo cuando aquél tenía trascendencia en la organización del trabajo.

La traslación de las anteriores consideraciones al supuesto estudiado, en el que “además de las evidentes conexiones en la dirección de las dos empresas, y de que la actividad de una y otra están muy relacionadas, existe una plantilla única, al prestar servicios el demandante en el mismo centro de trabajo, realizando similares funciones durante la vigencia de ambas relaciones contractuales, aunque se han formalizado como dos relaciones contractuales distintas”, destacándose así, “el uso puramente formal de la personalidad jurídica para encubrir la realidad de un empleador, que ha mantenido con el demandante una única relación laboral que pretende encuadrarse a través de contrataciones sucesivas con dos sociedades mercantiles integrantes del mismo grupo”, lleva a la sentencia a concluir que procede mantener la responsabilidad solidaria de las dos empresas implicadas, computando, a efectos de determinar la antigüedad del trabajador para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, todo el período de prestación de servicios, es decir, desde el comienzo de la relación laboral y no desde el período correspondiente al último de los contratos.

III. Empresario

B) Extinción del contrato por causas objetivas ex artículo 52.c) ET

Como se sabe, en ocasiones, a la hora de determinar la existencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que permiten a la empresa la extinción del contrato de trabajo ex arts. 51 y 52.c) ET, la jurisprudencia, cuando se trata de un grupo de empresas, ha realizado una valoración global de la situación de éste, más allá del concreto estado económico de la sociedad que efectuaba la extinción contractual. Éste parece ser el modo de proceder que lleva a la **STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2003**, I.L. J 2457, a considerar que el despido producido en virtud del art. 52.c) ET es improcedente al no quedar constatada la existencia de la necesaria conexión entre la reorganización empresarial producida y el mantenimiento de la actividad empresarial que se pretende. Lo que importa destacar es que en ese proceso de constatación causal la Sala no se fija tanto en el nivel de actividad de la empresa que formalmente despide al trabajador cuanto en el volumen de actividad y contratación del centro de trabajo, en concreto el almacén, donde prestaba servicios el trabajador despedido; centro de trabajo en el que concurrían física y materialmente la empresa contratante y una segunda sociedad, fruto de la escisión de aquélla, con la que mantenía relaciones de grupo.

C) Responsabilidad solidaria: requisitos

Véase apartado 3.A), en concreto la argumentación contenida en la ya analizada **STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2003**, I.L. J 2629.

Muy similares argumentos a los recogidos en la sentencia anteriormente mencionada acerca de la necesidad de que la vinculación entre las empresas reúna ciertas características (funcionamiento integrado o unitario, prestación de trabajo indistinta o común y búsqueda mediante la configuración de empresas aparentes de una elusión de responsabilidades laborales) para que el fenómeno de la agrupación de empresas tenga trascendencia en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales y, proceda, por ende, extraer de ello las consecuencias oportunas que se recogen en la **STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2003**, I.L. J 2457. En este caso, el uso conjunto por las dos demandadas de la misma plantilla del almacén “sin que se haya podido establecer diferenciación alguna entre una y otra”, conduce a la Sala a condenarlas solidariamente a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedente del despido del trabajador de una de ellas [las causas del despido se examinan con más detenimiento en el apartado 3.B)].

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión ilegal

Véase apartado 5.B).

B) Noción de propia actividad

La delimitación de lo que haya de considerarse propia actividad de la empresa principal, elemento esencial del presupuesto aplicativo del art. 42 ET, sigue dando origen a un

notable debate judicial, pues, más allá de las depuraciones teóricas, el problema se sigue suscitando a la hora de proyectar aquéllas sobre el caso concreto. Dos sentencias de las analizadas se refieren a esta cuestión y ambas se apoyan en idéntico pronunciamiento del TS, la Sentencia de 24 de noviembre de 1998. En primer lugar, la **STSJ de Galicia de 21 de junio de 2003**, I.L. J 2487, recordando la doctrina del TS contenida en citada sentencia, alude a las dos interpretaciones posibles del concepto de propia actividad, a saber, la que lo identifica con las actividades indispensables, integrando, por tanto, a las actividades complementarias, y aquella otra que la define en atención a las actividades inherentes, es decir, las correspondientes al ciclo productivo. Pese a todo, la diferencia sólo parece clara a efectos expositivos y teóricos pues a la hora de resolver el supuesto concreto, la Sala afirma que la doctrina mayoritaria entiende por propia actividad de la empresa comitente “las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad”; lo que lleva a la Sala a concluir que la solución a esta problemática sólo puede derivar del examen cuidadoso y específico de cada supuesto concreto. En el caso de autos, se declara que la contrata de la actividad de chorreo y pintura concertada por una empresa dedicada a la construcción naval forma parte de la propia actividad de ésta, pues “es parte fundamental del cometido de tal empresa, siendo indiscutible que de no procederse al chorreo de las planchas metálicas y al pintado de las mismas, resultaría imposible la terminación de cualquier buque en construcción, quedaría incompleta la actividad de la empresa y se perjudicaría su actividad empresarial”.

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 21 de octubre de 2003**, I.L. J 2360, con cita en idéntica sentencia y en la del TS de 18 de enero de 1995, aludirá a las dos teorías existentes sobre el particular, señalando que si el legislador exige que las actividades correspondan a la propia actividad del comitente es porque está pensando en alguna limitación razonable “que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial”, lo que le lleva a rechazar la tesis de la indispensabilidad y acoger la de la inherencia, afirmando “que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente”, entendiendo que, “nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado ésta, las obras y servicios deberían realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial”. Ahora bien, en el momento de proyectar esta doctrina al caso enjuiciado, la Sala parece no querer renunciar a ninguna de ambas tesis y así, llegará a concluir que la contrata realizada por una Cooperativa del Campo dedicada a la actividad de almazara con una empresa de construcción para la construcción de instalaciones y traslado de almazara no forma parte de la propia actividad de aquélla, pues si bien afirma que “de entender lo contrario ésta actividad estaría presente en todas y cada una de las diversas manifestaciones industriales al requerir, por necesidades ineludibles locativas, de un centro de trabajo, entendido como soporte físico de su actividad”, no deja de señalar que ni la interpretación estricta (inherencia) de la noción de propia actividad ni la amplia (indispensabilidad) permitirían acoger una solución diversa.

C) Contratación temporal vinculada a la celebración de una contrata

En el ámbito más general de una reclamación de existencia de cesión ilegal de trabajadores, la **STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2003**, I.L. J 2678, se pronuncia acerca de la procedencia de utilizar el contrato para obra o servicio determinado en supuestos de subcontratación de la actividad empresarial. Tras una declaración genérica acerca de la finalidad y caracteres de este contrato temporal, centrados en la necesidad temporal de mano de obra para la realización de actividades no permanentes de la producción, con autonomía y sustantividad propia, la sentencia señala que estas ideas deben ser matizadas a la luz de la última jurisprudencia, citando, en particular, las sentencias del TS de 15 de enero de 1997, 18 de diciembre de 1998, 8 de junio de 1999 y 20 de noviembre de 2000. Recordando la doctrina contenida en estos pronunciamientos, se sostiene que “aunque pueda cuestionarse la existencia de un contrato para obra o servicio determinado en sentido estricto, no cabe duda que una contrata para la prestación de servicios (...) para otra empresa tiene sustantividad y autonomía propia dentro de la esfera de actuación del empresario, de forma que, aunque tal actividad no pudiera incluirse en el art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores (...) sí tendría acogida en los apartados 2 o 3 del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, como una condición resolutoria (...) o un término atípico (...)”, de tal forma que, si bien en estos casos no existe una obra entendida como elaboración de una cosa determinada ni un servicio determinado entendido como un hacer que concluye con su total realización, sí existe una “necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista”; necesidad objetivamente definida, que es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como límite temporal. A ello no obsta que la realización del trabajo en cuestión constituya la actividad normal de la empresa, “porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo”, ni que aquél pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa “es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”. De todo cuanto antecede no cabe sino sostener que “hacer depender la duración del vínculo laboral de la duración del concierto se ajusta a lo establecido en el art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores”.

En esta misma línea y trayendo a colación idénticos pronunciamientos del TS, también la **STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2347, termina por afirmar que, tras el cambio de orientación operado en la interpretación del art. 15.1.a) ET por la STS de 15 de enero de 1997, aunque la prestación de servicios por cuenta de una empresa auxiliar contratada por otra en cuyo centro han de prestarse aquéllos no pueda ser incardinada perfectamente en el citado precepto, “lo cierto es que la contrata operaría como condición resolutoria o atípico término de los números 2 y 3 del art. 49 ET, no existiendo abuso de derecho en la conducta empresarial que incorpora dicha cláusula de temporalidad a los contratos con sus trabajadores”.

Ahora bien, la admisibilidad de la limitación temporal del contrato laboral a la duración del contrato de prestación de servicios entre las empresas parece condicionada a la exis-

tencia de una auténtica contrata, pues en caso de que ésta enmascarase una mera cesión de trabajadores, la causa ilícita del contrato entre las empresa “no puede producir efecto alguno y menos constituir una obra o servicio a cuya duración pueda lícitamente anudarse la duración de los contratos de trabajo, (...) por lo que si la causa limitativa de la temporalidad era nula, la extinción contractual amparada en dicha causa ha de ser calificada como despido improcedente” (STSJ de Canarias, Las Palmas, de 28 de noviembre de 2003, I.L. J 2645).

D) Sucesión de contratas y concesiones administrativas y sucesión de empresa

Véase apartado 6.D).

E) Responsabilidad solidaria: es presupuesto indispensable que se trate de obras correspondientes a la propia actividad

La STSJ de Galicia de 21 de junio de 2003, I.L. J 2487, centrada en la delimitación de la noción de propia actividad, deja claro, como no podía ser de otra forma a tenor de la redacción literal del art. 42 ET, que la responsabilidad solidaria de empresario comitente y contratista, respecto a las deudas salariales de este último con los trabajadores empleados en y durante la contrata es “inexistente si las obras o servicios objeto de la contrata no forman parte de la propia actividad del empresario principal”. En parecidos términos argumentales se pronuncia la STSJ de Andalucía (Granada) de 21 de octubre de 2003, I.L. J 2360.

F) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

El art. 123.2 LGSS impone a quien sea “empresario infractor” el denominado recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional derivado de unas inadecuadas medidas de seguridad y salud en el trabajo. La aplicación de este precepto a un supuesto de contratación de obras y servicios, conduce a la **STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003**, I.L. J 2204, a declarar la responsabilidad solidaria de la empresa principal, donde se realizan los trabajos, y de la empresa para la que presta servicios el accidentado como “deudora de seguridad”, pues “es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños o perjuicios al empleado de la contrata, e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por éste. Es, por tanto, el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para con todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control”. Doctrina que se aplica en un caso de con-

III. Empresario

tratación externa de actividades que no corresponde a la propia actividad de la empresa principal, dado que se sostiene que “lo importante no es tanto esa calificación como el que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad”.

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de julio de 2003**, I.L. J 2316, aborda también, aunque de forma algo tangencial, un supuesto de imputación del recargo de prestaciones en un caso de encadenamiento de contratas y subcontratas, afirmando la responsabilidad bien solidaria, bien subsidiaria de las empresas intervinientes en función de las relaciones mantenidas entre ellas.

5. CESIÓN ILEGAL

A) Notas definitorias

Al hilo de la distinción entre la descentralización productiva operada por la contrata de servicios legalmente regulada en el art. 42 ET y la cesión ilegal de trabajadores contenida en el art. 43 del mismo cuerpo legal, algunas de las sentencias recaídas en el período que examinamos realizan un breve análisis de los caracteres y elementos que identifican el negocio prohibido por el art. 43 ET. Trayendo a colación pronunciamientos previos del TS, las **STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003**, I.L. J 2209, **STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003**, I.L. J 2607, **STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003**, I.L. J 2203 y **STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003**, I.L. J 2550, afirman que “la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica (...) varios negocios jurídicos coordinados: 1) Un acuerdo entre los dos empresarios (...) 2) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador. 3) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal.” En cuanto a su finalidad, lo perseguido por el art. 43 ET es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien sea efectivamente empresario asuma las obligaciones correspondientes. Ahora bien, esto no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o busque perjudicar los derechos de los trabajadores, de ahí que bajo el concepto común de cesión el art. 43 ET regula dos fenómenos distintos, a saber, “las cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio”.

B) Diferencias con la contrata

Un numeroso grupo de los pronunciamientos recaídos en el período estudiado versan sobre el siempre espinoso y difícil tema de deslindar el negocio lícito de la contrata de obras y servicios (“acaso la forma más común de realizar la actividad descentralizadora”, manifestación particular del principio constitucional de libertad de empresa –**STSJ de**

Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607—) de la prohibida cesión de trabajadores. A esta cuestión se refieren, de una u otra forma, las siguientes sentencias: STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2209; STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003, I.L. J 2203; STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003, I.L. J 2550; STSJ de Cantabria de 30 de abril de 2003, I.L. J 2553; STSJ de Asturias de 24 de octubre de 2003, I.L. J 2596; STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607; STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 2678 y STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de noviembre de 2003, I.L. J 2645.

La doctrina contenida en ellas, en gran medida traslación de la jurisprudencia del TS sobre el tema, se puede sintetizar de la siguiente forma:

— Para determinar si existe o no cesión ilícita de trabajadores, el primer elemento a verificar es si la empresa auxiliar cuenta con patrimonio, organización y medios propios; es decir, constatar que se trata de una empresa real y no de una mera ficción, carente de entidad propia y con ausencia de bienes, organización y autonomía. O, en otros términos, si la empresa contratista ejerce una actividad empresarial propia, pudiéndosele imputar efectivas responsabilidades contractuales, aunque, en empresas de actividad simple (limpieza, vigilancia), esa puesta a disposición de organización de medios personales y materiales “quede reducida a mínimas aportaciones” (STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607). Si esto es así, estaremos ante una auténtica contratación y no ante un supuesto meramente interpositorio (STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2209; STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003, I.L. J 2550; STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 2678; STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003, I.L. J 2203, y STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607).

— Ahora bien, la circunstancia de que la empresa contratista sea real no excluye por sí misma la posible existencia de una cesión ilícita. En estas ocasiones, al objeto de delimitar entre ambas figuras, debe acudirse “a determinar la concurrencia de otras notas, como podrían ser la que el objeto de la contrata sea una actividad específica diferenciable de la propia actividad de la empresa principal o que el contratista asuma un verdadero riesgo empresarial, o, incluso, aún tratándose de empresas reales, cuando el trabajador de una empresa se limite de hecho a trabajar para la otra, pues la cesión ilegal también se produce cuando tal organización empresarial no se ha puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra necesaria para el desarrollo del servicio, íntegramente concebido y puesto en práctica por la empresa contratante” (STSJ de La Rioja de 22 de mayo de 2003, I.L. J 2550). Como indican la STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2209 y la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003, I.L. J 2203, “lo esencial no es, por tanto, si la empresa contratista es o no una empresa aparente o ficticia, sino que (...) lo determinante es si la empresa contratista ha puesto o no en juego su propia infraestructura empresarial en la prestación del servicio para la empresa principal, o se ha limitado simplemente a esa mera aportación de mano de obra”, pues, “por real que sea (la empresa) y a pesar de que disponga de una estructura empresarial propia, puede ser cesionaria de mano de obra cuando en la prestación de un supuesto servicio a otra

III. Empresario

tercera se limita a poner a disposición de esta última trabajadores sin que su estructura material u organizativa juegue papel alguno en la organización y contenido de la prestación pactada” (**STSJ de Canarias, Las Palmas, de 28 de noviembre de 2003, I.L. J 2645**). De igual forma, tampoco es óbice a la apreciación de existencia de cesión el hecho de que junto a la puesta a disposición de trabajadores, puedan ser objeto de contratación entre las empresas otras prestaciones, incluso si se incluyen en el mismo documento, “si las mismas no están vinculadas y anudadas a la prestación de trabajo de los operarios cuya eventual cesión se analiza” (**STSJ de Cantabria de 30 de abril de 2003, I.L. J 2553**); ni el dato de que no puedan acreditarse perjuicios salariales o en relación a otras condiciones de trabajo, “puesto que tales perjuicios no forman parte de la definición legal de la figura. Aun cuando tales perjuicios no existieran por cuanto los salarios y demás condiciones de trabajo de los operarios cedidos fuesen superior a los de los contratados directamente por la cesionaria (...), el mero hecho de la cesión supone alterar la identidad del empresario receptor efectivo de la prestación de servicios, introduciendo un riesgo de futuro (...) Por ello hemos de atenernos a la regulación legal contenida en el art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, que en modo alguno condiciona la ilegalidad de la cesión a la existencia de perjuicios actuales salariales o de otra índole” (**STSJ de Cantabria de 30 de abril de 2003, I.L. J 2553**).

La proyección de estos diversos criterios de valoración –“que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen valor indicativo u orientador”– (**STSJ de Asturias de 24 de octubre de 2003, I.L. J 2596**; **STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607**) sobre el supuesto enjuiciado conducirá a los distintos pronunciamientos mencionados a afirmar la existencia de una legítima contrata de servicios o bien a apreciar la presencia de una ilegal cesión de trabajadores. Así, para la **STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003, I.L. J 2607**, en el caso analizado la prestación de servicios se incardina en la contrata del art. 42 ET, pues la empresa prestataria del mismo es una empresa real, que tiene una organización propia que pone a disposición de la comitente, imparte órdenes y coordina a sus trabajadores, y, “a su vez, decide y resuelve todo lo relacionado con distribución de vacaciones, permisos, licencias y reconocimientos médicos” de aquéllos. A idéntica conclusión llegará la **STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 2678**, no sin antes manifestar explícitamente las dificultades de calificación de los hechos estudiados. En efecto, el relato de hechos probados evidencia que la empresa principal aporta en la ejecución de la actividad contratada (la realización de determinados servicios y funciones relativas a la atención de consultas a través de cualquier medio telefónico o telemático), tanto los propios locales en que aquélla se desarrolla como los medios materiales imprescindibles para su realización (equipos informáticos y telefonía) y, si bien “mal puede, en principio ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma”, de ello no cabe derivar sin más la existencia de cesión ilegal “al presentarse, sin embargo, como razonable para el correcto desenvolvimiento del servicio contratado”. De ahí que la constatación de circunstancias tales como que la empresa contratista selecciona a los trabajadores, se ocupa de su formación, los inserta en su organigrama, cuenta con coordinadores y supervisores que los asisten en el desarrollo de su trabajo, conduzca a la Sala a sostener la inexistencia de negocio prohibido, afirmando que “la contratista retenía la organización, dirección y control de su propia actividad, con su propio personal, asumiendo las responsabilidades

propias”, sin que, por ende, se haya limitado al simple suministro de mano de obra a otra organización empresarial diferente.

En el lado opuesto se sitúa la **STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2003**, I.L. J 2203, que señalará que existe cesión ilegal en la prestación de servicios que, sin mediar contrato alguno, el trabajador realiza “acudiendo de forma diaria a las dependencias de la Clínica Fremap para cuidar en exclusiva a uno de sus pacientes, estando sujeto a un horario de trabajo (...), así como a las órdenes e instrucciones de trabajo sobre cómo debe de cuidar y atender a dicho paciente dadas por (...) Fremap en cuya clínica presta servicios aquél, percibiendo por ello una retribución de la empresa (...) (contratista) que ha facturado los servicios prestados por el actor a la Mutua Fremap”, sin que conste que aquél haya prestado servicios para la contratista ni percibido por su realización retribución alguna ni recibido órdenes ni instrucciones, ni que, a partir de una determinada fecha, haya acudido a atender a ninguna otra persona de las que debía suministrarle la empresa contratista (“salvo una hora diaria de asistencia en un domicilio a un paciente”) que el enfermo que atendía en la clínica Fremap. Igual fallo alcanzará la **STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003**, I.L. J 2209, argumentando que no existió firma de ningún contrato entre la empresa principal y la contratista, el desplazamiento diario de los trabajadores de la contratista en la furgoneta de ésta desde su domicilio al centro de trabajo era abonado por la empresa comitente, quien también se encargaba de la coordinación y dirección de los trabajos; asimismo, el abono de los salarios de los trabajadores tenía lugar en el domicilio de la empresa principal, donde se desplazaban cada dos semanas, mediante un cheque al portador, firmando la contratista los recibos correspondientes a cada uno de los pagos quincenales. E idéntica conclusión de existencia de cesión ilícita de trabajadores se recogerá en la **STSJ de Asturias de 24 de octubre de 2003**, I.L. J 2596, al acreditarse que la empresa contratista era sólo una “empresa aparente, sin actividad, patrimonio ni organización propias que se limita al suministro de la mano de obra”. Pero quizás lo más interesante de este pronunciamiento es el supuesto de hecho analizado y la atribución subjetiva de responsabilidades ex art. 43 ET que la Sala realiza. En efecto, se trata de la contratación administrativa por parte del INSALUD del servicio de coordinación de urgencias sanitarias a través de un teléfono de marcación reducida a una empresa privada, dándose la circunstancia de que dicho servicio era inicialmente prestado por la Delegación del Gobierno y, posteriormente, fue asumido por el mencionado organismo. Además, queda probado, que la formal constitución de la empresa contratista “fue estimulada con la específica finalidad de que trabajadores de la Delegación que se encontraban en trance de perder sus empleos, al quedar el servicio en manos del Instituto Nacional de la Salud, continuaran trabajando mediante la interposición de una persona jurídica, de la que pasaron a ser socios fundadores”, lo que, por otro lado, permitía al INSALUD poner en práctica el servicio sin dedicar personal propio ni asumir la posición de empleador. Pues bien, ante tales hechos y frente a la alegación de que el trabajador, en caso de ser socio de la contratista –lo que en el supuesto enjuiciado no acontece pero que es igualmente objeto de estudio por la Sala– sería “a la vez víctima y autor de la irregularidad”, se sostiene la “doble condición de víctima” de aquél, “por un lado, como expuesto a los eventuales riesgos que la voluntad legis prevé en toda situación objetiva de cesión ilegal. Por otro, en cuanto lo que se

III. Empresario

presenta como autoría es, en realidad, la condición del conminado a perder su empleo, con la alternativa de seguir trabajando mediante una contrata (...) a nombre de cierta sociedad aparente, que se le induce a constituir con sus compañeros”. Por otra parte, la argumentación del recurso en el sentido de que la cesión, de existir, habría de atribuirse a la Delegación del Gobierno, es igualmente rechazada, afirmándose que “la prestación laboral (...) deriva de una contrata administrativa de servicios entre el Instituto Nacional de Salud y una empresa ficticia. Es el Instituto Nacional de Salud quien recibe el resultado del trabajo, le dirige (...) y satisface sus retribuciones. El hecho de que preste servicios en las dependencias de la Delegación de Gobierno, con sus medios materiales y sometidos a [su] supervisión (...), no permite hacer derivar hacia dicho organismo responsabilidad alguna por la cesión ilegal de trabajadores, pues sólo es imputable a quien incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección”.

Muy similar a éste es el caso enjuiciado por la **STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2003**, I.L. J 2340, cuyo relato de hechos es, brevemente, el siguiente: durante varios años un determinado Ayuntamiento presta el servicio de guardería con personal propio contratado al efecto. A partir de cierta fecha decide establecer un sistema de adjudicación y gestionar de forma indirecta el servicio a través de su concertación con una entidad cooperativa de la que forman parte las trabajadoras —parece que como única vía para mantener el empleo— que anteriormente realizaban la citada actividad para el Ayuntamiento. Transcurrido unos años se produce un cambio en la adjudicataria del contrato administrativo de prestación de los servicios educacional y de asistencia del Ayuntamiento, que pasa a una cooperativa distinta a la constituida por las trabajadoras que en un principio prestaban el servicio contratadas laboralmente por la entidad territorial. Aunque la Sala no argumenta directamente desde la óptica de la distinción entre la cesión y la contrata sino más bien desde la perspectiva de los elementos caracterizadores del contrato de trabajo, dado que las actoras ejercitan una acción en orden a determinar su empresario real, negando que prestasen servicios para otra empresa distinta al Ayuntamiento, sin embargo, sí afirma que el supuesto lo considera “muy próximo a la cesión ilegal de trabajadores, tan próximo, como que en realidad muchas contratas lo que en realidad enmascaran es esta situación (...) de aquí, que con independencia de la búsqueda del empresario real, que también lo persigue la cesión, la interposición de empresas ficticias, lo que intenta es realizar esa trasposición de mano de obra en beneficio de un tercero que queda al margen de la relación y desvinculado de las obligaciones laborales”. De todo ello se concluye que ha existido una vinculación directa entre las trabajadoras y la administración local, que se ha intentado enmascarar a través de fórmulas societarias a las que se le adjudica el servicio, de tal manera que no se está “ante una gestión de la entidad adjudicataria del servicio, sino ante una gestión del mismo contratista principal que lo desarrolla según su criterio”. La sentencia cuenta con un voto particular, a tenor del cual el criterio sustentado por la Sala vulneraría la exigencia del contrato laboral de, al ser de carácter personalísimo en cuanto a la prestación, requerir “inexorablemente que sea prestado por personas físicas”; por el contrario, para el magistrado discrepante lo acontecido es la novación de la naturaleza del negocio jurídico vinculante, “trasladándolo de la esfera laboral a una propia de contratos administrativos tras la constitución de Entidades Mercantiles que finaliza por no serle adjudicado el servicio que venían prestando en régimen de concesión administrativa para el Ayuntamiento”, de lo que concluye que las trabajadoras resolvieron el vínculo

contractual laboral que tenían con éste por dimisión cuando pasaron a integrarse en la sociedad cooperativa limitada, causando baja en el Régimen General de la Seguridad Social y alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

C) Responsabilidad solidaria: imputación

De conformidad con el art. 43.2 ET, en supuestos de cesión ilegal, los empresarios, cedente y cesionario, responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social. La aplicación de este precepto al caso enjuiciado conduce a la **STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003**, I.L. J 2209, con apoyo en el art. 1.2 ET que dispone que “serán empresarios todas las personas físicas o jurídicas, que reciban las prestación de servicios” del trabajador, a declarar que, dada la inexistencia de la empresa como tal, al no hallarse inscrita en el Registro Mercantil, el responsable de las consecuencias de la declaración de la cesión ilegal es “la persona (física) que legalmente ha representado a esta sociedad inexistente, es quien debe responder por ella”, la cual ha de estimarse que es el auténtico titular de esta inexistente y superpuesta empresa, para la que han prestado servicios los demandantes.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Elementos del supuesto de hecho

La delimitación de cuándo estamos ante un auténtico supuesto de “cambio de la titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma” que dé lugar a la aplicación de las previsiones contenidas en el art. 44 ET sigue siendo el tema estrella del debate judicial en torno al mencionado precepto. Las últimas modificaciones “clarificadoras” incorporadas en el texto legal como consecuencia de la trasposición de la norma comunitaria no parecen haber resuelto del todo el problema, máxime si tenemos presente los “vaivenes” de la jurisprudencia comunitaria en la interpretación de la Directiva y la no del todo coincidente posición de nuestro TS con los postulados del TJUE; buena prueba de todo ello es la situación que comentamos en el apartado siguiente, al hilo del análisis de las **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 12 de mayo de 2003**, I.L. J 2433 y **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de octubre de 2003**, I.L. J 2582, al que nos remitimos. Aludimos en este apartado al resto de pronunciamientos sobre el particular.

Por lo que concierne a la delimitación del objeto de la transmisión –sobre cuyo entendimiento por la jurisprudencia comunitaria hacen un interesante recorrido las SSTSJ de Canarias recién citadas y estudiadas en el siguiente apartado–, la **STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2003**, I.L. J 2196, indica que el concepto de “entidad económica” ha de conectarse con el de “empresa organización”, de tal manera que “si la empresa la definimos como un conjunto de elementos de variada condición y naturaleza que, debidamente organizados, tiene como finalidad una explotación económica, debemos concluir que los elementos personales, materiales e inmateriales que la integran están estrechamente uni-

III. Empresario

dos por la organización y por la finalidad económica que persigue el conjunto de todos sus elementos”. Siendo ello así, y teniendo en cuenta las más recientes sentencias del TJUE que, a juicio de la Sala, han acogido una noción “funcional y polivalente de empresa a efectos de determinar la existencia de transmisión, la transferencia de toda la estructura comercial y los elementos materiales que le sirven de soporte constituye un supuesto de sucesión empresarial en una unidad productiva autónoma con los efectos previstos en el art. 44 ET”.

En lo que respecta a la configuración del negocio jurídico a través del cual debe producirse el cambio en la titularidad de la empresa, la **STSJ de Asturias de 31 de octubre de 2003**, I.L. J 2595, alude al caso particular, ya referido en comentarios anteriores, de la reversión de industria, para recordar, con apoyo en sentencias del TJUE y del TS, que estos supuestos son subsumibles en el fenómeno regulado en el art. 44 ET. En este sentido, se señala que la reversión del arriendo puede entenderse incluida en la amplia expresión de cambio en la titularidad del negocio, resaltándose que en el arrendamiento de empresa el cambio de titularidad puede producirse en sentido bidireccional del arrendador al arrendatario y, al término del contrato, de éste al primero; y ello es así “incluso en la hipótesis en que recuperado el control de la industria el arrendador dispone el cese del ejercicio de la actividad empresarial pues este caso provoca *de facto* la desaparición de la empresa, lo que no puede efectuar sin respetar los mecanismos establecidos en el ordenamiento laboral para tales situaciones ni asumir ante los empleados las responsabilidades dimanantes del cierre y en esta línea la jurisprudencia somete asimismo a la normativa del art. 44 al arrendador que ni continúa por sí y que se opone a la continuación por otros de la actividad de la industria o negocio que tuvo arrendados (...) y desde luego convierte al arrendador en empresario en el caso de que (...) asuma la explotación del establecimiento arrendado”.

Por su parte la **STSJ de Aragón de 8 de mayo de 2003**, I.L. J 2506, se refiere a un supuesto muy particular; se trata de una trabajadora que presta servicios para la Mancomunidad del Río de Aranda como auxiliar de ayuda a domicilio y ve rescindido su contrato cuando, tras la creación de la Comarca del Aranda, ésta asume las competencias de acción social, dándose la circunstancia de que no existe una identidad subjetiva absoluta entre los municipios que formaban parte de la Mancomunidad y los que ahora pertenecen a la Comarca del Aranda. Ante estos hechos, la Sala niega la existencia de una sucesión empresarial, “al no existir identidad en la entidad económica de servicios que constituye, en este caso, la empresa”, y “no haberse acreditado la transmisión de una empresa, ni de un centro de trabajo ni de una unidad productiva autónoma”. Entre los razonamientos que sirven de base a esta conclusión, la sentencia examinada recuerda una anterior de la misma Sala en la que ante un supuesto similar pero referido al Servicio de Deportes se afirma que “no hay meramente un nuevo empleador para el mismo Servicio de Deportes, caracterizado éste principalmente por su ámbito geográfico, pues dada la naturaleza del trabajo, ese ámbito identifica los medios materiales, la ‘unidad productiva autónoma’ nombrada en el art. 44 ET, sino que existe un Servicio de Deportes –unidad empresarial o productiva– distinto al anterior, y también distinto empleador, ente administrativo creado por Ley reciente. No se ha producido en consecuencia un cambio de empresario para la misma empresa o unidad productiva autónoma, sino que ha desaparecido la empresa

anterior (...) y se ha constituido otra nueva (...) suficientemente caracterizada como tal, es decir, un ente administrativo, y un Servicio de Deporte, con ámbito, medios, estructura y funciones diferentes al anterior”.

Finalmente, la **STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2003**, I.L. J 2473, aborda, de nuevo, el supuesto de traslado de notario a otra plaza y, reiterando la doctrina del TS y de los TTSSJ, señala que “la designación de un nuevo Notario para la plaza preexistente no es incardinable en la figura de sucesión de empresas que contempla el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, lo cual significa que el nuevo Notario no se halla obligado a subrogarse en los contratos de trabajo que ligaba al anterior titular de la plaza con los empleados que componían su plantilla, de manera que la Notaría regida por el actual titular no es empresa continuadora de la que regentó el fedatario antecesor”.

B) Subrogación contractual: de nuevo sobre el caso de la liberalización del *handling* en los aeropuertos

La **STS de 10 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2743 (y en similar sentido también la **STSJ de Baleares de 12 de diciembre de 2003**, I.L. J 2711), reitera, de nuevo, la doctrina unificada recaída en 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. Este tema ha sido ya objeto de detenido análisis por nuestra parte en comentarios anteriores [véase apartados 7.A) y 7.B) de *Justicia Laboral*, núm. 15, agosto, 2003], a los que nos remitimos en este momento, recordando simplemente que en estos supuestos la jurisprudencia rechaza la aplicación del art. 44 ET, invocando en su lugar lo preceptuado por los arts. 1205 y 1257 del Código Civil, según los cuales y a diferencia de lo que acontece ex art. 44 ET, la cesión contractual requiere para su validez el consentimiento del trabajador, “sin que ese consentimiento pueda estimarse sustituido por los representantes legales o sindicales que intervinieron en el Acuerdo celebrado con ambas empresa interesadas (...) Ello quiere decir que la cesión de contratos que está en el origen de la subrogación contractual, y la propia subrogación empresarial resultante, son en principio lícitas, si bien no operan automáticamente sino que requieren el consentimiento de los trabajadores afectados”, lo que significa, a su vez, que si los trabajadores afectados no aceptan la cesión propuesta mantendrán su relación laboral con la empresa cedente. Pese a esta doctrina unificada del TS, llama la atención la aparición de sendas sentencias del TSJ de Canarias (Las Palmas) —**STSJ de Canarias (Las Palmas) de 12 de mayo de 2003**, I.L. J 2433 y **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de octubre de 2003**, I.L. J 2582, que tienen por ponente al mismo magistrado—, en las que, tras analizar la evolución de la jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de transmisión de empresa y recordar la denominada tesis funcional que sobre él ha elaborado este Tribunal, se mantiene una posición absolutamente contraria a la del TS, afirmándose que “la subrogación de Eurohandling en la actividad de Iberia en el *handling*, en virtud de la concesión y con apoyo en el pliego de condiciones, constituye una transmisión de empresas amparada por el art. 44, (...) sin que quepa hablar de nulidad de la subrogación al no requerir el art. 44 del ET consentimiento de los trabajadores”. Tal decisión aparece amparada en

III. Empresario

los siguientes motivos: en la doctrina del TC, según la cual la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que ésta haya de ser seguida necesariamente por los tribunales inferiores; en la jurisprudencia del TJUE recaída en la interpretación de la correspondiente Directiva comunitaria, en particular en la línea que entiende que a efectos de transmisión constituye una unidad económica un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común; en la propia Directiva, tal y como la ha interpretado el citado TJUE, que, dado su contenido, es una norma de directa aplicación y que, además, desde 2001 ya figura incorporada al art. 44 ET; en el art. 44 ET, “que debe ser analizado a la luz de la Directiva y de la jurisprudencia citada”; y en la propia realidad del supuesto analizado, que no es otra que la concesión de la explotación del servicio de *handling*, caracterizado por que lo esencial en él es la mano de obra, por una nueva empresa que asume la totalidad de la plantilla que realiza la parte de actividad que se transfiere.

C) Condiciones laborales tras la subrogación

Una vez producida la subrogación empresarial, la posición adoptada por el nuevo empresario es idéntica a la que anteriormente tenía el empresario cedente; es decir, los elementos objetivos del contrato de trabajo no deberán sufrir alteración alguna, manteniéndose, por tanto las mismas condiciones contractuales. Por ello, no resulta extraño que la **STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2003**, I.L. J 2334, declare que el nuevo empresario ha de respetar las condiciones más beneficiosas pactadas entre la empresa cedente y el trabajador y, en similar dirección, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 2003**, I.L. J 2503, obligue al Ayuntamiento subrogado a abonar al trabajador los mayores emolumentos que venía recibiendo con anterioridad a la subrogación empresarial según su contrato de trabajo, aun cuando éste, “lo que no es ilícito”, remitiera para su determinación a un convenio colectivo extraño al trabajador.

Por su parte, la **STSJ de Baleares de 12 de diciembre de 2003**, I.L. J 2711, en un supuesto de subrogación contractual derivada de lo establecido en el Pliego de Cláusulas de Explotación que regulaba la adjudicación de la concesión del servicio, señalará que la novación subjetiva no afecta al complejo contenido obligacional de la relación de trabajo, “el cual subsiste en su plenitud sin variación alguna”. De ahí que el derecho a obtener billetes de tarifa gratuita y con descuento de que disfrutaba la trabajadora de acuerdo con lo previsto en el convenio colectivo aplicable a la empresa cedente deba ser satisfecho por la cesionaria, sin que ello suponga el sometimiento de ésta al convenio colectivo aplicable a la empresa cedente en el momento de la transmisión en lo que no contribuya a definir el conjunto de derechos y obligaciones integrantes de la relación de trabajo. Por ello, si la nueva empresa no puede cumplir con su obligación de facilitar a la trabajadora los billetes en iguales condiciones que antes de la subrogación, “la prestación obligacional primitiva habrá de sustituirse por un contenido equivalente o bien establecerse por vía de negociación colectiva un nuevo derecho que reemplace al anterior. Lo que desde luego no cabe es privar a la trabajadora, en contra de su voluntad y faltando al compromiso que se le ofreció en el momento de la subrogación, de un derecho de índole patrimonial consolidado sin contrapartida o compensación de ninguna clase”.

D) Requisitos de la subrogación: no es necesario el consentimiento de los trabajadores

Tal como indica la **STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2003**, I.L. J 2196, los efectos subrogatorios previstos en el art. 44 ET en supuestos de sucesión empresarial operan sin requerir la aquiescencia de los trabajadores afectados, pues, de acuerdo con lo dispuesto en el mencionado precepto, únicamente se exige la notificación del cambio a los empleados.

E) Sucesión de contratas y concesiones administrativas

Como viene siendo habitual, junto a la delimitación de los elementos del supuesto de hecho, la cuestión de la aplicación de los efectos subrogatorios a los supuestos de sucesión de contratas y concesiones administrativas —en gran medida ligada a la anterior— sigue siendo la que da origen a mayor número de pronunciamientos judiciales en la temática de la sucesión empresarial. A ella se refieren la **STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2003**, I.L. J 2453, la **STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2003**, I.L. J 2626, la **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2003**, I.L. J 2615, la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2003**, I.L. J 2659, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 2589, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 2584, la **STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2347, y las ya aludidas **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 12 de mayo de 2003**, I.L. J 2433, y **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de octubre de 2003**, I.L. J 2582 —véase apartado 6.B)—. Como ya hemos comentado en muchas ocasiones, la doctrina del TS sobre el particular determina que en estos casos se producirá la subrogación cuando la misma esté prevista en convenio colectivo —y se cumplan sus estipulaciones al respecto— (**STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2003**, I.L. J. 2453; **STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2003**, I.L. J 2626) o cuando así se haya establecido en el pliego de condiciones generales de la concesión (**STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2003**, I.L. J 2659; **STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2347). Llama la atención, no obstante, un pronunciamiento del TSJ de Canarias, Las Palmas —**STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 2584, cuyo ponente es el mismo de las sentencias comentadas en el epígrafe 6.B)— en el que la aplicación o no del art. 44 ET a un supuesto de sucesión de concesiones administrativas se va a determinar, no en función de lo dispuesto en el pliego de condiciones de la concesión, sino en atención a las concretas circunstancias concurrentes, “de tal forma que si se produce la transmisión de una unidad organizada, y se transmiten los elementos patrimoniales (materiales o inmateriales) o en su caso la plantilla y la actividad cabe sostener la aplicación de la Directiva, o lo que es lo mismo del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores”; tesis que la sentencia señala que “aparece en alguna medida ratificada por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo”, citando en concreto la STS de 12 de diciembre de 2002.

En el caso en que la sucesión de contratas se produce sin cambio de contratista y la actividad objeto de la contrata es sustancialmente la misma, parece existir una mayor presión a la aplicación directa del art. 44 ET, al menos así parece deducirse de la **STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2347, que asimila el supuesto al de la prórroga de

III. Empresario

una contrata, afirmando que poca diferencia existe entre ellos, “ya que no puede distinguirse fácilmente entre la llamada prórroga y una nueva adjudicación en similares términos, salvo exigencias de la contratación administrativa o mercantil que en nada afectan en este ámbito de la relación laboral”.

Particular es el supuesto contemplado en la **STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2003**, I.L. J 2615, relativo a un caso de contratas de limpieza del mismo local pero realizadas por empresarios independientes al haberse producido el subarriendo de aquél. En este caso, la Sala entiende que no es de aplicación la previsión convencional que impone la subrogación cuando se produce el cese de una empresa del sector limpieza de edificios y locales en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente y su sustitución por una nueva empresa, que suscribe un nuevo contrato con igual fin para el mismo lugar de trabajo, “habida cuenta que no nos hallamos ante un cambio en el adjudicatario del servicio de limpieza del centro de trabajo de (la empresa arrendadora), sino ante una contrata claramente desvinculada de la anterior, celebrada entre la empresa [arrendataria], que es una franquicia de la anterior (...) y que subarrendó a la misma la citada planta baja, y la empresa de limpieza (la nueva adjudicataria), por virtud de la cual los servicios de limpieza del local se estarían llevando a cabo por esta última desde primeros de octubre de 2001”. Para la sentencia, lo acontecido no es más que la finalización de la contrata de limpieza que tenía concedida una determinada empresa, a la que no siguió una nueva adjudicataria por esta empresa principal, sino, meses después, la continuidad de otra en un marco contractual (con otra empresa principal y otra adjudicataria) distinto; “se trata de dos contratas que sólo tienen en común, desde una perspectiva estática, su ubicación física, el inmueble o centro de trabajo, elemento meramente accidental en el caso. Sin embargo, dinámicamente, les separa una nota sustancial, la independencia de sus empresarios principales, (...) pues no hay datos en hechos probados que permitan constatar que (...) siendo formalmente sociedades distintas, hayan actuado como un grupo empresarial”.

F) Responsabilidad solidaria

Tal como se desprende de lo establecido en el art. 44.3 ET, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de julio de 2003**, I.L. J 2317, declara que la responsabilidad por las obligaciones surgidas después de la cesión sólo podría alcanzar a la empresa cedente si dicha cesión hubiese sido declarada delictiva.

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 **3. Contratación temporal.** 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) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Denuncia de los contratos temporales. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos discontinuos.** A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo.

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

6. Contratación en la Administración Pública. A) Trabajadores interinos al servicio de la Administración. B) Irregularidades en la contratación. C) Trabajadores de Correos y Telégrafos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica las sentencias publicadas en los números 13 a 16 de Información Laboral. Y pueden destacarse en relación con las mismas, por una parte, la **STSJ de Cataluña de 29 de julio de 2003**, I.L. J 2189, que se refiere a los límites de la negociación colectiva en materia de concreción e identificación de las causas de contratación por obra o servicio; y, por otra, la **STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003**, I.L. J 2689, que aborda la cuestión de los efectos jurídicos de la transformación de Correos y Telégrafos.

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

La extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba pactado en convenio colectivo es objeto de análisis en la **STSJ de Andalucía (Granada) de 14 de octubre de 2003**, I.L. J 2367, que viene a declarar que no constituye “abuso de Derecho o ejercicio antisocial del mismo” la regulación convencional de un pacto de prueba de doce meses:

“Lo que sí es cierto es que, con independencia de la finalidad que haya motivado el plazo de prueba a que hemos hecho referencia, es la norma que se dan trabajadores y empresas

la que lo establece, sin que sea lícito a este Órgano Judicial, en lugar de interpretar la norma, crearla.”

De otro lado, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 9 de diciembre de 2003**, I.L. J 2715, declara la nulidad del pacto de prueba concertado con una trabajadora que había desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, aduciendo que:

“El fundamento del período de prueba es el hacer posible que cada uno de los contratantes conozca las condiciones y demás cualidades del otro, en las que no sólo son comprensibles las aptitudes para el trabajo, sino también las de cualquier otra índole, incluso las estrictamente humanas y personales, antes de que la relación laboral adquiriera carácter de permanencia.”

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Son numerosas las sentencias que en el período analizado abordan cuestiones relacionadas con la presente modalidad contractual.

Por una parte, algunas de ellas se pronuncian reiterando la conocida jurisprudencia que reconoce que “la realización de trabajos durante la vigencia de la contrata es objeto lícito del contrato de obra o servicio determinado (...), pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en los que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la porción empresarial en su contrato” (**STS de 20 de noviembre de 2000**). Se trata concretamente, de la **STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2212; la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 2589 ; y, finalmente, la **STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2347, que determina que no se ajusta a derecho la extinción del contrato por obra o servicio determinado cuando queda acreditada la sucesión inmediata de la contrata por otra con el mismo objeto, dado que en estos casos no hay distinción entre prórroga de contrata y sucesión de otra de características similares:

“(...) poca diferencia existe entre este caso y el de la prórroga de una contrata, ya que no puede distinguirse fácilmente entre la llamada prórroga y una nueva adjudicación en similares términos, salvo exigencias de la contratación administrativa o mercantil que en nada afectan en este ámbito de la relación laboral con los trabajadores”.

IV. Modalidades de Contratación

En segundo lugar, en relación con esta modalidad contractual, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 7 de noviembre de 2003**, I.L. J 2642, declara que es admisible este contrato temporal en un supuesto en el que la obra o servicio a cubrir depende de una subvención pública que cubre un determinado proyecto.

Por otra parte, encontramos también algunas sentencias que se pronuncian sobre la cuestión de la adecuación de la modalidad contractual a la prestación de servicios requerida por la empresa en función de la causa y la duración de la misma. De entrada, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 2591, declara que se convierte en indefinida la relación laboral concertada mediante un contrato por obra celebrado entre una empresa dedicada a la actividad del Transporte Marítimo y una trabajadora con objeto de “Promoción y difusión entre las Agencias de Viajes y clientes de los nuevos itinerarios, horarios y servicios establecidos por la Compañía para las próximas temporadas”, cuando queda probado que la misma ha desarrollado funciones de sustitución de otro trabajador y ha trabajado también en funciones de “facturación y embarque de equipajes”, es decir, “tareas de carácter permanente y duración indefinida en el tiempo, que han de mantenerse y perdurar por no responder a circunstancias excepcionales que pudieran conllevar su limitada duración, sino que forman parte del proceso productivo ordinario”:

“La prestación de trabajo en actividades distintas a las que determinaron la contratación para obra o servicio determinado, convierte este contrato en fraudulento.”

Pero, sobre todo, existen pronunciamientos discrepantes sobre el propio concepto de obra o servicio determinado, sobre todo en los casos en los que las actividades desarrolladas por el trabajador se repiten. Por un lado, la **STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2003**, I.L. J 2199, declara que no es válida la celebración de este contrato por una empresa dedicada a tareas de marketing que contrata a la trabajadora en cuestión para cubrir una determinada campaña con un cliente:

“(…) la actividad que aquí se trata se reitera en el tiempo, siendo la habitual de la empresa y la autonomía del servicio no puede venir determinado por la designación del cliente, con independencia de otras circunstancias que permitan dotar al servicio de cierta autonomía y sustantividad”.

Este mismo criterio se ha aceptado, siguiendo doctrina anterior, para el sector de la enseñanza. En efecto, la **STSJ de Asturias de 17 de octubre de 2003**, I.L. J 2600, considera que es por tiempo indefinido la relación que vincula a una profesora con la Escuela Universitaria en la que imparte sus clases cada curso escolar a través de contratos por obra:

“Parece evidente que las tareas que ha venido realizando la demandante como profesora constituyen, en principio, la actividad natural y ordinaria de la Escuela, sin que pueda calificársele de actividad autónoma, distinta de las cotidianas y normales, y en todo caso, de la misma naturaleza que el resto de asignaturas impartidas, ya que (...) la división de la docencia en cursos escolares afecta a los alumnos y a su relación académica con el centro, pero no al vínculo laboral del profesor.”

Por el contrario, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 21 de octubre de 2003**, I.L. J 2361, aunque declara injustificado el cese anterior a la finalización de la obra, viene a considerar que “está impregnada de la temporalidad precisa con la incertidumbre propia de esta contratación en cuanto a su fin” la utilización de esta modalidad contractual por parte de una empresa dedicada a la instalación de moquetas, maderas, etc., en suelos para cubrir la demanda de los distintos clientes. Es decir, la sentencia asume, al contrario que las anteriores, que los diferentes encargos realizados por clientes distintos pueden ser considerados como obras con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. La solución correcta es, desde luego, la de aquéllas, sin perjuicio de que el carácter indefinido del vínculo pueda dar vida, como se viene ya indicando para la enseñanza a contratos fijos periódicos o fijos discontinuos.

En otro orden de cosas, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 22 de septiembre de 2003**, I.L. J 2583, respecto de la duración del contrato, estima que se ajusta a derecho la extinción vinculada a la finalización de la obra para la que se contrató a la trabajadora por parte del IMEF para prestar servicios en el taller de empleo de rehabilitación de la antigua pescadería municipal y de la Casa del Mar, cuando éste ha concluido. Y, en el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de noviembre de 2003**, I.L. J 2494, determina que el cese de las campañas deportivas 1999-2000 justifica la extinción de los contratos por obra celebrados para cubrirlas por el Patronato Municipal de Deportes dado que:

“(…) las ‘campañas deportivas 1999-2000’ son perfectamente diferenciables en su autonomía y sustantividad dentro del marco de actividad de dicho Patronato Municipal”.

Finalmente, debe destacarse la **STSJ de Cataluña de 29 de julio de 2003**, I.L. J 2189, que también se refiere a la cuestión de la causa del contrato, pero concretamente viene a pronunciarse sobre un tema de especial interés: las posibilidades de la negociación colectiva en materia de concreción de las obras o servicios que pueden justificar el que la empresa acuda a esta modalidad contractual. La cláusula del convenio en cuestión identifica las actividades que han de ser consideradas como obras o servicios añadiendo, tras la descripción de las mismas, que “Mediante esta modalidad contractual, y en un solo contrato de trabajo, podrá contratarse a un trabajador para la realización de más de uno de los servicios descritos, con una duración incierta no superior a veinticuatro meses”. Pues bien, el TSJ de Cataluña, tras hacer un repaso teórico del fraude de ley, viene a señalar que:

“(…) tal norma convencional lo que pretende es introducir una nueva forma de contratación temporal, que no olvidemos es la excepción a la norma general de contratación indefinida, ya que siendo el contrato de obra o servicio determinado, un contrato causal, que requiere la especificación clara y terminante de la obra o servicio contratado que es un requisito esencial, se pretende introducir una forma de contratación que permite variar, sin especificarlo, la causa de la contratación, y por cuanto además, el requisito de la duración incierta derivada de la finalización de la obra queda desvirtuado por un plazo final fijo de 24 meses, se haya acabado o la obra o servicio contratado (...)”.

IV. Modalidades de Contratación

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de noviembre de 2003, I.L. J 2656, declara que no cabe sino entender celebrado en fraude de ley el contrato eventual pactado con un trabajador que renuncia a un contrato indefinido y en el plazo de dos días pacta este contrato temporal, desempeñando idénticas funciones, declarando además inaplicable la motivación con contrato eventual:

“(...) puesto que si se trataba de hacer frente al mayor volumen de trabajo en el sector durante las fiestas navideñas, esta finalidad no podía cumplirse si se hacían coincidir las vacaciones del actor con los días de mayor apogeo de las mismas (...)”.

De otro lado, la STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003, I.L. J 2690, revisa la validez del recurso a esta modalidad contractual puntualizando de modo muy claro que sólo será posible la celebración del contrato eventual “cuando las especialísimas circunstancias puntuales de un concreto y específico encargo conlleven un incremento inusual de la actividad de la empresa (...)”, declarando así que:

“(...) no puede admitirse que cualquier pedido o encargo de los cliente sea en sí mismo causa bastante para justificar la temporalidad.(...) Sería tanto como admitir que el empresario pueda realizar contratos temporales para cada encargo, vinculados única y exclusivamente a la duración de cada uno de ellos, pese a la existencia de un flujo de actividad ordinario y habitual que se mantiene más o menos constante (...)”.

c) El contrato de interinidad

Poco que reseñar al respecto. La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 13 de noviembre de 2003, I.L. J 2647, determina que se ajusta a derecho la extinción del contrato de interinidad por vacante una vez convocadas y realizadas las pruebas selectivas correspondientes y elegido el titular que debe ocupar la plaza. Y, en relación también con el tema de la extinción del contrato, la STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2003, I.L. J 2627, se pronuncia en el sentido de declarar la admisibilidad del cese del trabajador interino por superación del tiempo de reserva de plaza de la trabajadora sustituida por incapacidad temporal.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Nuevamente el TS se pronuncia en esta materia respecto de los derechos retributivos de los profesores de religión y moral católicas. La STS de 3 de diciembre de 2003, u.d., I.L. J 2388, viene a concluir que:

“(...) como regla general, los profesores de religión vinculados por contratos temporales formalizados tras la entrada en vigor de la Ley 50/1998, sólo tienen derecho a cobrar la

retribución prevista en la Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/1990, aunque sea inferior a la que hubiera podido resultar del juego de las previsiones de la cláusula Quinta del convenio de 20 de mayo de 1993 y ello hubieran prestado servicios durante su período de aplicación en virtud de anteriores contratos. Y que, excepcionalmente, quedan excluidos de dicha regla, únicamente los profesores que antes del 1 de enero de 1999 hubieran percibido la retribución prevista en el Acuerdo de 1993, en virtud de un acto de reconocimiento por parte de la Administración pagadora o de una sentencia firme”.

b) Denuncia de los contratos temporales

La STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2003, I.L. J 2224, se pronuncia sobre la forma de la denuncia del contrato de interinidad, considerando admisible la denuncia verbal telefónica del contrato:

“Denuncia que, en el caso de que la haga el empresario, no constituye despido y, por tanto, no es exigible que se haga con las formalidades requeridas para éste: por escrito, en el que deje constancia de la fecha de efectos y hechos que lo justifican. Ni el precepto citado [art. 49.1.c) ET] impone esta exigencia, ni la regla dispuesta en el art. 55 ET resulta de aplicación para la denuncia del vencimiento de un contrato temporal. Otra cosa es que, invocándose esta causa de extinción contractual, en realidad no concorra y, por tanto, se esté ante un despido, que precisaría formalizarse en la forma expuesta.”

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

En relación con el contrato a tiempo parcial, la STSJ de 28 de noviembre de 2003, I.L. J 2645, se pronuncia sobre la forma de cálculo del salario del trabajador a tiempo parcial y viene a señalar que:

“(…) el artículo 12, párrafo 4º, letra d), del Estatuto de los Trabajadores impone un criterio de identidad de derechos entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, criterio que se convierte en el de proporcionalidad en aquellos derechos que dependan del tiempo trabajado (dentro de los cuales se encuentra, por excelencia, toda la materia retributiva). El concepto de la “proporcionalidad” se encuadra dentro del campo de la lógica matemática y es de tipo absoluto, es decir, o existe una relación proporcional entre dos magnitudes o no existe, pero existen medias proporcionales. De tal forma, para que las retribuciones de un trabajador a tiempo parcial sean auténticamente proporcionales a las de un trabajador a tiempo completo hemos de aplicar la regla proporcional pura, es decir, una simple regla de tres”.

IV. Modalidades de Contratación

B) Contrato fijo discontinuo

Varias sentencias se ocupan del problema del tratamiento de contratos de obra reiterados sucesivamente en el sector de la enseñanza. La figura más adecuada, como se ha anticipado al hablar del contrato de obra, es la aplicación de la modalidad de contratación fija discontinua. Se declara en la **STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2345, el carácter fijo discontinuo de la relación que vincula a una profesora con la escuela de música en la que presta servicios desde 1983 a través de numerosos contratos temporales y se estima que su antigüedad se debe computar desde esa fecha, asumiendo la doctrina jurisprudencial sobre la irrelevancia de que los períodos sin servicios excedieran del plazo de 20 días:

“(…) los servicios prestados por (...) desde octubre de 1983 hasta agosto de 2001 obedecen a una única relación laboral, propia de quien está vinculado desde un primer momento con un contrato fijo discontinuo, en el que la temporada se vincula al período escolar, y no a sucesivos contratos temporales suscritos cada temporada”.

En el mismo sentido, la **STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2003**, I.L. J 2566, en relación con el cálculo de la indemnización por despido de una trabajadora fija discontinua también viene a asumir la doctrina del TS sobre el cómputo de antigüedad, determinando que “la indemnización por despido improcedente toma como módulo la antigüedad acreditada por la trabajadora en los días efectivamente trabajados”.

Es interesante señalar que la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 2587, considera que no existe discriminación en un supuesto de relación fija discontinua entre una profesora de refuerzo y el centro educativo aunque es ella la única vinculada al mismo a través de esta modalidad contractual. La sentencia, tras recordar la doctrina constitucional en la materia, viene a reiterar la conocida jurisprudencia sobre la adecuación del contrato fijo de carácter periódico en los supuestos de centros escolares cuya actividad no existe a lo largo de todo el año pero sí se presenta y es necesario atender en determinados meses o épocas del año y desestima la posible discriminación alegando que:

“El hecho de la actora sea la única cuidadora fija-discontinua del centro educativo no supone en sí mismo ninguna discriminación ya que así aceptó ser contratada, sin que se haya demostrado que dicha contratación esté viciada de nulidad con vulneración del art. 3.5 del ET.”

5. CONTRATOS FORMATIVOS

A) Contrato en prácticas

La **STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2003**, I.L. J 2201, en relación con el contrato en prácticas aborda la cuestión de si el título de Formación Profesional de Primer grado ha de considerarse una titulación necesaria para su celebración (aunque no venga expre-

samente citado por el art. 11.1 del ET, que sólo se refiere al grado medio o superior); considerando que:

“(…) se trata de un auténtico título, y no de un diploma de asistencia, ni de un permiso, autorización, carné, etc., ya que se ve que está expedido por su SM el Rey, y en su nombre por la Ministra de Educación, Cultura y Deporte, al amparo del Real Decreto 1564/1982, de 18 de junio, con un nombramiento de ‘Técnico Titular’ que le faculta para ejercer la profesión de administrativa, por lo que evidentemente se trata de un técnico, aunque sea auxiliar, y que permite la realización de una práctica profesional de administrativa, por lo que queda incluido dentro de los títulos que el artículo 1 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, que desarrolló los contratos laborales formativos admite para la contratación en prácticas, como son los de diplomado universitario, ingeniero técnico, arquitecto técnico, licenciado universitario, ingeniero, arquitecto y técnico o técnicos superior de la formación profesional específica, así como los títulos oficialmente reconocidos como equivalentes que habiliten para el ejercicio profesional (…)”.

B) Contrato para la formación

Resulta interesante en relación con esta modalidad contractual la **STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2003**, I.L. J 2535. Respecto de la obligación de formación que el empresario asume, y tras admitir, como ya es habitual, la posibilidad de que ésta se cumpla a través de centros de enseñanza a distancia acreditados por las Administraciones educativas o laborales, viene a puntualizar que “las especialísimas características de la formación a distancia obligan a un seguimiento de aprovechamiento en cuyo defecto difícilmente puede decirse que exista realmente actividad formativa”:

“(…) en el caso de la enseñanza a distancia la asistencia a las clases es sustituida por la lectura y estudio de la documentación entregada periódicamente y, por tanto, la formación no existe si dicha lectura y estudio no se produce, algo que sólo se puede acreditar mediante el seguimiento de los ejercicios teóricos que aquí se ha omitido por completo. (...) Que no se trata de transferir al empresario la responsabilidad por un incumplimiento que sería imputable al trabajador, sino de garantizar que la prestación formativa que incumbe al mismo no queda agotada por una mera documental.(...) Que el empresario no está obligado a garantizar que la trabajadora curse su formación con aprovechamiento, pero sí a hacer un seguimiento de que esto es así. Es la falta de seguimiento por parte de la empresa la que determina el incumplimiento de la obligación y no la falta de aprovechamiento, lo que sería únicamente imputable a la trabajadora”.

Por otra parte, también en relación con el cumplimiento de la obligación formativa en un supuesto de formación teórica a distancia, la **STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2003**, I.L. J 2555, tras confirmar la validez de este sistema, admite que se ha asumido correctamente aquella obligación, dado que la trabajadora, contratada como camarera, recibió la correspondiente formación práctica, tutelada por el empresario “quien se encontraba

IV. Modalidades de Contratación

siempre a su disposición, presente físicamente durante las horas de comida y cena, auxiliándola o dirigiéndola en el desempeño de su trabajo”.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Trabajadores interinos al servicio de la Administración

La duración del contrato de interinidad por vacante concertado con una Administración Pública es objeto de análisis en la **STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 2224, que viene a confirmar que, de acuerdo con la excepción prevista por el art. 4 del RD 2720/1998, sobre contratación temporal, cuando esta modalidad contractual es utilizada por la Administración “la duración de los contratos coincidirá con el tiempo que duran dichos procesos (de selección) conforme a lo previsto en su normativa específica”.

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 19 de mayo de 2003**, I.L. J 2517, por otra parte, determina que es admisible que una trabajadora interina al servicio de la Consejería de Sanidad de la Junta solicite la excedencia voluntaria para cuidado de hijo, considerando que no cabe entender que la misma queda reservada exclusivamente a los trabajadores que tienen la condición de fijos, dado que, por un lado, ni el ET ni el convenio aplicable establecen esta limitación; y, por otro, resulta aplicable la conocida doctrina del TC en relación con la falta de acreditación de “una causa de urgencia de la prestación del servicio que impida dejar temporalmente la prestación del servicio”. Como es conocido, según esta doctrina, sería posible, en hipótesis, asumir la limitación de acceso a este derecho por “el interés público de la prestación urgente del servicio” pero esta posible justificación del trato diferenciado entre fijos e interinos pierde su fundamento cuando la relación de interinidad se alarga en el tiempo.

B) Irregularidades en la contratación

En esta materia la **STSJ de Murcia de 30 de junio de 2003**, I.L. J 2402, aplica la doctrina jurisprudencial conocida sobre el error en la modalidad de contrato temporal celebrado entre la Administración y el trabajador:

“(…) el hecho de que se utilice el cauce de la contratación para obra o servicio determinados previsto en el art. 15.1 del ET sólo implica una irregularidad formal que no desvirtúa su naturaleza real de interinidad por vacante, sin que pueda transformar tal defecto un contrato temporal con finalidad lícita y precisada en otro por tiempo indefinido”.

C) Trabajadores de Correos y Telégrafos

Dos resoluciones abordan en el período revisado en la presente crónica el tema de la situación de los trabajadores de esta sociedad. Por una parte, la **STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2003**, I.L. J 2669, en relación con el tema de la situación de una trabajadora indefinida no fija tras la conversión de Correos y Telégrafos en Sociedad Anónima Estatal, viene a señalar que:

“(…) la transformación jurídica sufrida por la demandada no supone alteración o transformación de las normas de selección del personal laboral, mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad (...). Por lo que si la privatización de la demandada no ha modificado la condición de laboral indefinida de la actora, tal condición finalizaría en el momento de cobertura legal de la plaza”.

Ahora bien, la transformación jurídica de la sociedad en cuestión sí va a tener efectos en relación con el recurso a las diversas modalidades de contratación y, desde luego, con las interpretaciones jurisprudenciales sobre las mismas, dado que, como es sabido, éstas en alguna materia son diferentes en función de si se trata de la empresa privada o de la Administración Pública. En este sentido, la **STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003**, I.L. J 2689, viene a puntualizar respecto del contrato eventual que “esta esencial modificación de la naturaleza jurídica de la demandada, impide que pueda seguir beneficiándose de aquel privilegiado criterio jurisprudencial que le permitía la contratación eventual de trabajadores para atender necesidades productivas de carácter permanente cuando demostraba que la plantilla del centro de trabajo era insuficiente para cubrir las necesidades del servicio”. Y, de acuerdo con ello, concluye:

“Lo que conduce a estimar concertados en fraude de ley los contratos de trabajo suscritos entre las partes bajo esta fórmula contractual, debiendo por lo tanto calificarse la relación laboral como fija en el sentido tradicional de este término,(…), al no resultar ya tampoco de aplicación la doctrina jurisprudencial que distingue entre relación fija e indefinida cuando la empleadora es un organismo de naturaleza pública.”

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) El acuerdo de reducción salarial no es una renuncia de derechos legalmente prohibida, sino una disposición de derechos patrimoniales, a los que se puede renunciar si no existe vicio de consentimiento. b) Plus de penosidad. Junta de Andalucía. Educador de escuela hogar. Ingreso de un solo menor con medida de reforma, por lo que no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen el reconocimiento de la penosidad.

c) Complementos. Ministerio de Asuntos Exteriores. Voluntad del empresario de abonar el complemento mientras se desempeñen los servicios de “encargados del sistema informático”. Mientras se sigan desempeñando el empresario, no puede, unilateralmente, dejar de abonarlos. Unificación de doctrina. d) Complemento de antigüedad. Personal laboral temporal (indefinido). El convenio colectivo único de aplicación no distingue entre personal

fijo y temporal. e) Quebranto de moneda. No tiene naturaleza salarial, sino indemnizatoria que compensa los riesgos o perjuicios derivados de las operaciones con dinero. La indemnización ha de ser proporcional al riesgo. B) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria. Cuantía de los salarios de tramitación: deducción de lo percibido por el trabajador en un nuevo empleo. b) Responsabilidad subsidiaria en los supuestos de extinción contractual conforme al artículo 52.c) ET: alcanza las indemnizaciones generadas como consecuencia del incumplimiento del deber de preaviso. c) Responsabilidad directa: no

procede. Grupo de empresas de más de 25 trabajadores. **2. Jornada de trabajo.** A) Horario. Modificación. a) Exigencia de formalidades previstas en el artículo 41 del ET. B) Horas

extraordinarias. a) Carga de la prueba. C) Turnos. D) Reducción de jornada. **3. Pacto de permanencia.** **4. Clasificación profesional.** A) Clasificación profesional objetiva: determinación negocial, no judicial. B) Clasificación profesional del trabajador y titulación. C) Proceso de clasificación profesional: deslinde. **5. Movilidad funcional.** A) Movilidad ascendente. a) ¿Cuándo se realizan funciones de categoría superior? b) Retribuciones por realización de funciones de superior categoría. B) Movilidad extraordinaria. **6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Existencia. Modificación de la jornada laboral que conlleva el efecto de trabajar más días al mes. Nulidad de la medida por no respetar los trámites legales. B) Acuerdo de empresa y comité de reubicación en locales de otra empresa del grupo. Aplicación del Convenio de ésta, por lo que se cambian los turnos. No aplicación del artículo. 41. No procede impugnar individualmente. C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Telefónica. Cambio de turnos de fin de semana. Falta de acreditación de los motivos alegados por la empresa. Injustificada. D) Impugnación a través de la modalidad del conflicto colectivo: no cabe el sometimiento al plazo de caducidad de los 20 días. Obligación de la empresa de seguir los trámites del artículo. 41. E) Requisitos de fondo: Concurrencia; los cambios de turno se debieron a necesidades de competitividad de la empresa. La falta de cumplimiento de los requisitos formales en las modificaciones de carácter individual no acarrear la declaración de injustificada. F) Ejecución de sentencia en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo. La empresa sólo puede resarcir del perjuicio causado al trabajador reponiéndole en sus anteriores condiciones de trabajo. La extinción del contrato es una posibilidad que tiene el trabajador. G) El cambio en la determinación de las horas de reajuste que afecta a 138 para el año 2003 es una modificación sustancial. H) Conflicto colectivo. Días de descanso compensatorio. **7. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: posibilidad de reingreso anticipado. B) Excedencia voluntaria. Reingreso. Indemnización de daños y perjuicios. C) Excedencia voluntaria: reingreso. Plazo para el ejercicio de la acción. D) Excedencia voluntaria. Duración prórroga. E) RENFE: Excedencia especial con efectos de forzosa.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2004 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 2187 a J 2761).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

- a) El acuerdo de reducción salarial no es una renuncia de derechos legalmente prohibida, sino una disposición de derechos patrimoniales, a los que se puede renunciar si no existe vicio de consentimiento**

Constante la tramitación del procedimiento de quiebra de la empresa, la representación de los trabajadores y la empresa Waechtersbacha Española llegan a un acuerdo para asegurar su viabilidad, que incluye entre otros compromisos, la reducción del salario de todos los trabajadores de la empresa en un 20 por ciento. Se dicta el 3 de junio de 2003 auto por el Juzgado de primera instancia núm. 4 de Cáceres que alza la quiebra y aprueba el convenio.

La STSJ de Extremadura de 13 de noviembre de 2003, I.L. J 2651, analiza la reclamación de las diferencias salariales no abonadas en virtud del acuerdo de reducción salarial interpuesta por uno de los trabajadores —alegando renuncia de derechos prohibida por la ley [artículos 3.5, 3.1.c), 26.3 y 41 LET]— y llega a la conclusión de que no puede prosperar porque no estamos ante tal renuncia, sino ante una válida disposición de derechos patrimoniales sobre los que el trabajador puede válidamente renunciar, siempre que la decisión se tome sin ningún vicio que invalide el consentimiento, de acuerdo con los artículos 1265 y concordantes del Código Civil. Lo que resulta indisponible o irrenunciable en materia salarial, es el derecho a percibir el salario como contraprestación del trabajo realizado por el operario, es decir, lo que la ley prohíbe es trabajar sin cobrar, pero no es irrenunciable el importe del salario, que en todo caso debe respetar el salario mínimo interprofesional. A esto debe añadirse que en el presente caso, la disminución salarial acordada, venía motivada por la importante crisis económica por la que atraviesa la empresa que tramitó diversos expedientes de regulación de empleo, y la solución pactada aparecía como una fórmula viable para mantener en funcionamiento a dicha empresa y no tener que rescindir los contratos de trabajo.

Respecto a las dudas planteadas en cuanto a la capacidad de los representantes de los trabajadores para suscribir este acuerdo, no ha lugar a las mismas desde el momento en que se alude en el recurso a la existencia de un convenio colectivo extraestatutario, que podría obligar a la empresa y a los trabajadores puesto que los representantes de los trabajadores no pueden ser otros que el comité de empresa o los delegados de personal, legitimados para la negociación colectiva en el ámbito de la empresa según el artículo 87 LET y cuyo resultado, aunque no cumpla estrictamente el resto de los requisitos establecidos para los convenios colectivos, puede obligar también a quienes llegaron al acuerdo. Además, se da otra circunstancia que avala la eficacia del acuerdo y es que se adoptó en un procedimiento judicial con todas las garantías como fue el de la quiebra de la empresa demandada, por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 904 Código Comercio, como parte integrante del convenio aprobado, es obligatorio para todos los acreedores. Ciertamente es que según el mismo precepto, a tenor del artículo 900, los trabajadores, como acreedores sin-

gularmente privilegiados según el artículo 32 LET, podrían haberse abstenido de tomar parte en el convenio, pero no consta que así lo hicieran.

b) Plus de penosidad. Junta de Andalucía. Educador de escuela hogar. Ingreso de un solo menor con medida de reforma, por lo que no concurren circunstancias excepcionales que justifiquen el reconocimiento de la penosidad

El plus de penosidad viene caracterizado por su carácter coyuntural y excepcional, lo que implica que sólo cuando se acredita que las tareas desempeñadas durante el período reclamado son excepcionalmente penosas por concurrir las circunstancias excepcionales que justificarían el reconocimiento del plus debatido, se tiene derecho a su devengo. En definitiva, la penosidad sólo puede mantenerse cuando se pruebe que siguen subsistiendo las circunstancias excepcionales que concurrían en el momento de su reconocimiento.

Sentado lo anterior, siendo así que en el presente caso, el trabajador con la categoría de educador presta servicio en Hogar Escuela donde se ha producido un solo ingreso de menor como medida de reforma, no concurren los presupuestos fácticos necesarios para el devengo del plus reclamado sin que ello comporte trato desigual con respecto de los trabajadores que prestan sus servicios con igual categoría en Centros de Protección, pues mientras que en el mismo período de tiempo todos los menores ingresados en el Centro San Francisco de Asís lo han sido por medida jurídica de reforma, en el que presta sus servicios la trabajadora tan sólo se ha producido uno, por lo que las situaciones fácticas son distintas (STSJ de Andalucía, Málaga, de 13 de noviembre de 2003, I.L. J 2639).

c) Complementos. Ministerio de Asuntos Exteriores. Voluntad del empresario de abonar el complemento mientras se desempeñen los servicios de “encargados del sistema informático”. Mientras se sigan desempeñando el empresario, no puede, unilateralmente, dejar de abonarlos. Unificación de doctrina

La STS de 28 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2409, unifica doctrina respecto del siguiente supuesto de hecho planteado. Los trabajadores fueron designados para desempeñar las funciones de encargados del sistema informático en distintas delegaciones diplomáticas, entre el personal laboral que trabajaba en las mismas indicando en el nombramiento de la Subdirección General de Personal de cada uno de ellos que el período de duración que abarcaba sería ampliable durante el cual percibirán el complemento; y ello de acuerdo con lo que se decía en la comunicación del Director General del Servicio Exterior del Ministerio de Asuntos Exteriores en la que se precisaba que el personal que se responsabilice de la administración del sistema percibiría un complemento retributivo por sus nuevas funciones después de haber superado un proceso selectivo, de carácter oneroso, limitado en el tiempo de duración, si bien susceptible de ampliación, y que, se percibía a cambio de una prestación de servicios como Encargados del Sistema Informático.

Estamos en presencia de una relación sinalagmática con obligaciones recíprocas para ambas partes, que si bien inicialmente no tenía naturaleza indefinida, posteriormente ha sido prorrogada tácitamente pasado el período inicial de duración, de acuerdo con lo que se preveía en los nombramientos al continuar desempeñando los trabajadores las mismas funciones. En consecuencia, no puede suprimirse por una acto unilateral del empresario dejando de pagarse; hubo una voluntad inequívoca empresarial de conceder dicho complemento, mientras desempeñen dicho puesto de trabajo, sólo en el caso de que dejen de realizar dicha función pueden dejar de percibirse.

d) Complemento de antigüedad. Personal laboral temporal (indefinido). El convenio colectivo único de aplicación no distingue entre personal fijo y temporal

La cuestión que se plantea en el presente litigio consiste en determinar si el personal laboral de la Xunta que no tiene la condición de fijo, tiene derecho a percibir el complemento de antigüedad previsto en el artículo 27 del III Convenio Colectivo único para el Personal Laboral de la Xunta de Galicia, que no ostenta dicha condición, sino la de personal laboral indefinido, o, si por el contrario, no tiene derecho a percibir dicho complemento al no ser personal laboral fijo.

Las SSTSJ de Galicia de 4 y 21 de junio de 2003, I.L. J 2483 y 2482, recuerdan que la cuestión ya sido resuelta en sentido positivo de acuerdo con la doctrina sentada, entre otras, por la STS de 22 de diciembre de 2001, Sala Cuarta, conforme a la cual, el mencionado artículo 27 hace una declaración genérica referida al personal acogido al Convenio Colectivo, señalando que sus retribuciones estarán constituidas por el salario base y los complementos salariales, entre los que incluye, el de antigüedad, sin distinguir entre personal fijo y personal temporal. Por su parte, el artículo 1 señala sin excepciones que el CC establece y regula las normas por las que se regirán las relaciones de carácter jurídico-laboral entre la Junta de Galicia y el personal que, sujeto a la legislación laboral, preste sus servicios bajo su dependencia y la de sus organismos autónomos. Por tanto, el Convenio establece y regula las normas por las que rigen las relaciones de carácter jurídico-laboral tanto del personal fijo como del personal temporal. Así también resulta, del artículo 7.6 referido a la contratación del personal laboral temporal, e incluso del artículo 4 que bajo la rúbrica de estabilidad en el empleo dispone: “De conformidad con el principio de estabilidad en el empleo, los contratos de trabajo comprendidos en este Convenio se entienden pactados por tiempo indefinido, salvo las excepciones legalmente establecidas”.

En consecuencia, al no recoger el discutido artículo 27 excepción alguna en cuanto a la retribución del personal temporal, y hacer referencia a todo el personal al que afecte el Convenio –por tanto fijo y temporal– se ha de concluir que la polémica cláusula se ha de interpretar en el sentido de que el CC establece también para el personal temporal el plus de antigüedad.

Esta conclusión no queda desvirtuada porque en el artículo 27.11 también se establezca que “a efectos de antigüedad y según el procedimiento fijado por la Orden de 12 de diciembre de 1990, de la Consejería de Presidencia y Administración Pública, se reconocerán los ser-

vicios prestados en cualquier administración pública con anterioridad a la adquisición de la condición de personal laboral fijo al servicio de la Xunta de Galicia”. Pues esta norma, lo único que hace es reconocer a efectos de antigüedad, al personal fijo, los servicios prestados en cualquier Administración Pública con anterioridad a la adquisición de esa condición.

e) Quebranto de moneda. No tiene naturaleza salarial, sino indemnizatoria que compensa los riesgos o perjuicios derivados de las operaciones con dinero. La indemnización ha de ser proporcional al riesgo

Desde el año 1989 el Convenio Colectivo Provincial de Barcelona para el Sector de exhibición cinematográfica viene contemplando, además de la tradicional indemnización por quebranto de moneda de las taquilleras, un segundo concepto de quebranto de moneda adicional aplicable a las taquilleras de las multisalas, que se debe abonar a todas aquellas que tengan a su cargo la venta para una pluralidad de Salas en un mismo complejo de exhibición. Con ello se quiere compensar el mayor riesgo de equivocación o quebranto inherente al incremento de las operaciones de venta de taquillajes.

La STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2003, I.L. J 2187, estima adecuado para determinar el importe de dicho complemento extrasalarial el criterio de la *proporcionalidad* entre la magnitud del riesgo o perjuicio que puedan sufrir las taquilleras debido a los errores en la devolución de cambio o pérdidas de efectivo y la cantidad que se les abona para compensárseles por ello. Si el promedio diario de taquilleras que prestan servicios en el complejo multisalas es de 8 empleadas, no sería coherente decir o considerar que cada una tiene a su exclusivo cargo la venta de la totalidad de las Salas, sino que éstas se hallan a cargo del conjunto de las taquilleras que prestan servicios, por lo que la interpretación que ha venido manteniendo la empresa es la correcta y en consecuencia el precio diario de la Sala Adicional (0,53 euros) se multiplica por el número de Salas adicionales (12), se multiplica por el número de días de trabajo (218) y se divide por 12 meses y por 8 taquilleras, obteniendo el precio mensual por taquillera.

B) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad subsidiaria. Cuantía de los salarios de tramitación: deducción de lo percibido por el trabajador en un nuevo empleo

La STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de septiembre de 2003, I.L. J 2328, señala que en aquellos supuestos en que el trabajador ha estado trabajando para otra empresa durante el período a que se refieren los salarios de trámite, de la cuantía económica que debe abonar el FOGASA por este concepto, en su condición de responsable subsidiario, y según lo previsto en el artículo 56 ET para el obligado principal, debe también deducirse lo percibido por el trabajador en ese nuevo empleo durante el mencionado período.

V. Dinámica de la Relación Laboral

b) Responsabilidad subsidiaria en los supuestos de extinción contractual conforme al artículo 52.c) ET: alcanza las indemnizaciones generadas como consecuencia del incumplimiento del deber de preaviso

Así se señala en STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2003, I.L. J 2666.

El TSJ de Cataluña concreta que, extendida la responsabilidad del FOGASA al pago de las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia a favor de los trabajadores a causa de extinción del contrato por las causas objetivas del artículo 52.c) ET tras la reforma legal de 1997, está claro que tal responsabilidad alcanza el importe generado como consecuencia del incumplimiento del mes de preaviso, que no tiene naturaleza de salario sino propiamente de indemnización.

c) Responsabilidad directa: no procede. Grupo de empresas de más de 25 trabajadores

En aquellos supuestos en que las empresas demandadas constituyen un grupo empresarial que en su conjunto cuenta con un número de trabajadores superior a 25, no puede desplegar sus efectos el artículo 33.8 ET.

Así lo señala la STSJ de Valencia de 29 de abril de 2003, I.L. J 2477.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Horario. Modificación

a) Exigencia de formalidades previstas en el artículo 41 del ET

La STS de 18 de diciembre de 2003, I.L. J 2276, aborda la legalidad o ilegalidad de la fijación unilateral del horario para el año 2003 por parte de la empresa FEVE, vigente un acuerdo colectivo del año 2001 en el que se preveía una determinada y concreta distribución del horario.

Es criterio de la Sentencia que comentamos, que establecida una determinada distribución del tiempo de trabajo y de los descansos legales compensatorios mediante un Acuerdo celebrado con la Comisión Normativa del Convenio Colectivo, el mismo se convierte en una condición más beneficiosa para los trabajadores que éstos contractualizan al amparo del artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores.

Es por ello que cualquier modificación del horario establecido en este Acuerdo Colectivo, debe realizarse respetando los requisitos y formalidades exigidos por el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que el horario es una de las materias expresamente contempladas en el apartado 1.b) de citado precepto. El incumplimiento de estas formalidades conllevaría la sanción de nulidad de la decisión empresarial.

Quizás la particularidad del supuesto que comentamos, sea la existencia del Acuerdo de la Comisión Normativa del Convenio Colectivo, ya que en casos similares la jurisprudencia de otros Tribunales Superiores de Justicia, viene señalando la inexistencia de obligación empresarial de negociar el calendario anual laboral con los representantes de los trabajadores, sin que la alteración de la distribución de descansos compensatorios, se haya considerado en estos casos modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Es el caso de la **STSJ de Navarra de 26 de junio de 2003**, I.L. J 1259, en la que, a juicio de la Sala, el artículo 34.6 del ET, sólo impone a la empresa la obligación de elaborar anualmente un calendario de trabajo y exponerlo en el lugar visible del centro, por lo que concluye, no existe obligación legal alguna para las empresas de negociar el calendario laboral, a no ser que la norma colectiva disponga cosa distinta.

Respecto a las limitaciones impuestas por la negociación colectiva, puede consultarse la **STSJ de Aragón de 23 de noviembre de 2002**, I.L. J 1918, en la que se falla la nulidad de un calendario laboral que, acordado colectivamente, fue modificado unilateralmente por la empresa sin acudir al procedimiento previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

B) Horas extraordinarias

a) Carga de la prueba

La carga de la prueba en los procesos de reclamación de horas extraordinarias, es una cuestión en la que pueden apreciarse en la actualidad, dos líneas doctrinales. La clásica o rigorista, exigente de una prueba plena a cargo del trabajador, y la más moderna o flexibilizadora que admite la inversión de la carga de la prueba a la empresa demandada, cuando las dificultades de prueba del trabajador pueden comprometer su derecho a la tutela judicial efectiva.

La doctrina jurisprudencial clásica, exige al actor una prueba rigurosa, estricta y detallada de las realización de cada una de las horas extraordinarias reclamadas. Esta doctrina se contiene entre otras, en la STS de 11 de junio de 1993 (recurso 660/1992). Doctrina que es seguida en la actualidad por algunos TTSSJ como es el caso del TSJ de Andalucía (Sevilla) en Sentencia de 23 de enero de 2001, I.L. J 1203.

Frente a esta doctrina clásica, se va abriendo cada vez con más contundencia a nivel de TTSSJ, una doctrina jurisprudencial que dulcifica este criterio rigorista en beneficio del propio derecho a la tutela judicial efectiva y con el ánimo de evitar la indefensión, que en ocasiones, puede provocar la doctrina clásica.

Ejemplo de esta nueva postura, lo es la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de abril de 2001, I.L. J 1450, que sostiene la inversión de la carga de la prueba cuando el empresario incumple con su obligación de llevar registro de las horas días a día (artículo 35.5 del ET) y de otorgar al trabajador una copia del resumen anual de horas extraordinarias. En el

V. Dinámica de la Relación Laboral

mismo sentido, STSJ de Baleares de 21 de mayo de 2001, I.L. J 1272, que sostiene la inversión de la carga de la prueba respecto de aquellas empresas que teniendo una jornada irregular, incumplen su obligación de llevar un registro diario de la jornada.

La **STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2003**, I.L. J 2227, señala que la carga de la prueba de la realización de horas extraordinarias corresponde al trabajador que la alega, entendiéndose probadas en citada Sentencia en virtud de las pruebas de confesión judicial y testifical. Citada doctrina se enmarcaría, por tanto, dentro de la tesis clásica o rigorista (suavizada en este caso, por la prueba admitida y valorada, testifical y confesión, que siempre son cuestionadas a efectos probatorios).

C) Turnos

Implantación de 4º turno. No se incumple el artículo 41 del ET si existe el preaviso y negociación previa que aquél exige, aun cuando sea de manera informal.

Es doctrina constante y reiterada en distintos TTSSJ que la modificación de sistema de turnos existente en la empresa, debe realizarse respetándose el procedimiento establecido y regulado en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, bajo sanción de nulidad de la decisión empresarial.

La **STSJ de Cataluña de 25 de noviembre de 2003**, I.L. J 2684, analiza la implantación del cuarto turno por una empresa, tras haber fracasado las negociaciones previas con el Comité de Empresa para llegar a un Acuerdo sobre el establecimiento del mismo.

La novedad de esta Sentencia consiste en valorar como procedimiento de artículo 41 del ET, las negociaciones y reuniones previas celebradas entre la empresa y los representantes de los trabajadores en un contexto informal y al margen del proceso específico del artículo 41 del ET. Citado precepto, como es conocido, exige un período previo de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días, que verse sobre la causa motivadora de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre los medios necesarios para atemperar las consecuencias sobre los trabajadores afectados.

Para la Sentencia que comentamos, el artículo 41 no exige un proceso formal iniciado por escrito en el que la empresa advierta específicamente que inicia el período de consultas. A su juicio, la mayor o menor precisión del escrito o comunicación inicial, no invalida su eficacia si va seguido de un proceso negociador en la que la representación de los trabajadores cuenta con la posibilidad de solicitar las aclaraciones que precise.

D) Reducción de jornada

No procede para el cuidado de hijo mayor de seis años.

El Estatuto de los Trabajadores recoge en su artículo 37.5 el derecho del trabajador a la reducción de su jornada por cuidado de un menor de seis años (párrafo primero), o bien,

por precisar el cuidado directo de un familiar hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida (párrafo segundo).

La STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2003, I.L. J 2192, resuelve la cuestión planteada por el padre de una menor, que pretende de su empresa que le continúe manteniendo la reducción de jornada tras haber cumplido su hija seis años de edad, al entender que la situación del menor de más de seis años puede entenderse comprendida dentro de los “familiares de hasta segundo grado que sin desempeñar actividad retribuida no pueden valerse por sí mismos por razones de edad o enfermedad”.

Discrepa la Sala de este criterio, no sólo por razones de interpretación sistemática del precepto sino también aplicando el criterio teleológico o finalista.

En primer lugar, es claro que la reducción de jornada por guarda legal se ha querido limitar por el legislador hasta los 6 años de edad, existiendo disposición expresa en este sentido.

En segundo lugar, el cuidado de familiares de hasta segundo grado que no se valgan por sí mismos por razones de edad y que no obtengan retribución alguna, no está pensado para los menores de seis años, que en ningún caso pueden ejercer profesión por cuenta propia o ajena. Está pensado, razona el tribunal, para familiares mayores de edad en los que concurra alguna de las circunstancias que el precepto enumera. Argumento que es reforzado por la propia posición de ambas causas de reducción legal (menores de 6 años y otros familiares) los cuales se encuentran ubicados y regulados en párrafos distintos.

La interpretación del tribunal parece adecuada a la intención del legislador, toda vez que, lo contrario supondría demorar indefinidamente (o al menos hasta la mayoría de edad de los hijos) la reducción de jornada por guarda legal, lo que difícilmente es sostenible al amparo del límite expreso (hasta seis años) contenido en el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores.

3. PACTO DE PERMANENCIA

La cláusula de permanencia pactada en el ámbito de una relación laboral de carácter indefinido, conforme a la cual, el trabajador realiza un máster en logística integral, con cargo a la empresa para la que presta servicios, cumple el requisito de la formación especializada que caracteriza este tipo de cláusulas y da lugar a la reclamación de la indemnización acordada en caso de incumplimiento por parte del trabajador del tiempo estipulado. Se conectó la permanencia con la recepción de la especialización; los cursos a los que el trabajador asistió no supusieron ningún coste para él, tales costes fueron asumidos por la empresa y, la finalidad de los cursos era la de formar para el trabajo específico de jefe de logística. Conviene tener también en cuenta que la categoría del trabajador en el con-

trato inicial lo fue de Administrativo, Técnico en Prácticas, posteriormente pasó a Jefe de Distribución del Departamento de Logística y una vez finalizado el curso de Máster en Logística pasó a ser Jefe de Logística (STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2003, I.L. J 2225).

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Clasificación profesional objetiva: determinación negocial, no judicial

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

B) Clasificación profesional del trabajador y titulación

La exigencia de las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral constituye un requisito ineludible en algunos casos de la propia identidad profesional y un límite de movilidad funcional establecido en el artículo 39.1 ET. La STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de noviembre de 2003, I.L. J 2638, recuerda que “la exigencia de título puede configurar no sólo un requisito inexcusable para la ejecución de una actividad profesional, en cuyo caso sólo se puede adquirir la categoría si se ostenta la titulación requerida, sino también impedimento para que puedan desempeñarse, aun accidentalmente, las funciones correspondientes, en cuanto la norma imperativa prohíbe el ejercicio profesional sin la debida titulación”. Exigencia respetuosa con el principio de igualdad pues son situaciones desiguales las que son tratadas de forma distinta. La mayor remuneración de ciertas funciones correspondientes a una clasificación que exige la ostentación de la titulación se fundamenta en un motivo objetivo, la superior jerarquía laboral o importancia de las funciones asignadas, y en un motivo subjetivo, la necesidad de un mayor período formativo para acceder al título habilitante.

C) Proceso de clasificación profesional: deslinde

En cuanto al objeto de la modalidad procesal de clasificación profesional, transitarán a través de la misma las reclamaciones relativas al reconocimiento de una determinada categoría profesional o clasificación profesional en general del trabajador, pretensión

que parte de la divergencia entre el encuadramiento profesional del trabajador y sus funciones (STS de 30 de diciembre de 1998). La normativa procesal y sustantiva –artículo 39.4 ET–, permite acumular o no la pretensión económica por diferencias salariales a la de clasificación profesional, acción principal frente a la primera que debe considerarse como subordinada (STS de 2 de diciembre de 1999). Según la doctrina de unificación, recordada en la **STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2003**, I.L. J 2540, también en el proceso de despido se puede discutir sobre la cuantía que debe percibir el trabajador en función de su clasificación profesional sin estar necesariamente a la realmente abonada al mismo. Precizando más, solamente podrán discutirse elementos esenciales al salario unilateralmente fijados por la empresa, sin sujeción a las normas legales o convencionales que los regulan. No debe extenderse la discusión de aquellos aspectos o cuestiones incidentales que precisen valorar el mayor o menor derecho del trabajador a la percepción de ciertos complementos o cantidades que nunca ha percibido ni reclamado o sean propias de calificación profesional hasta ese momento indiscutida y que no surgen diáfanas e indiscutibles de las normas de aplicación al caso. Lo contrario supondría desnaturalizar el proceso trayendo al mismo incidencias menores que deben ser objeto de adecuado conocimiento en procedimiento separado.

5. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad ascendente

a) ¿Cuándo se realizan funciones de categoría superior?

Si se encomiendan al trabajador funciones superiores a su grupo profesional o categorías equivalentes, las mismas sólo se podrán ejercer por el tiempo imprescindible teniendo además derecho el trabajador movilizado “a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice” (artículo 39.3 ET). Según la doctrina sentada por las SSTs de 1 de diciembre de 1967 y 17 de diciembre de 1970 y recordada, entre otras, por la **STSJ de Andalucía (Granada) de 25 de noviembre de 2003**, I.L. J 2493, para que concurra la figura de la encomienda de funciones superiores no es preciso que se ejecuten todas y cada una de las tareas de la categoría superior, pero sí se han de realizar cuanto menos las funciones básicas y esenciales de la misma. Tampoco es suficiente para que exista derecho a percibir retribuciones superiores que las funciones ejercidas excedan claramente “de las que son atribuidas a la categoría propia, sino que es preciso que entren de lleno en las asignadas a la categoría superior y sean llevadas a cabo no sólo en posesión de un título sino en función del título que de modo específico habilita o capacita para su realización” (STSJ de Asturias de 27 de octubre de 2000, I.L. J 2293, recurso 3307/1999). La STS de 22 de noviembre de 2000, u.d., I.L. J 2617 (recurso 2828/1998) puntualiza la anterior afirmación advirtiendo que no existe realización de funciones de categoría superior cuando las nuevas funciones se corresponden a un puesto de libre designación, de naturaleza no necesariamente laboral y no regido por el convenio colectivo.

b) Retribuciones por realización de funciones de superior categoría

La inclusión en el contrato de trabajo del personal laboral que presta sus servicios para un servicio autonómico de salud de una cláusula de remisión al RD-Ley 3/1987, ha de ser interpretada, tal y como hace la **STS de 22 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2740, como una “garantía de homologación retributiva con el personal estatutario que desempeñe funciones de su categoría, pero no impide que, en caso de que se lleven a cabo las de otra de orden superior, se hayan de percibir las que se corresponden con la actividad, tal y como establece el repetido artículo 39.4 ET”. Precepto que, al igual que el resto del ET, resultará de aplicación por tratarse de relaciones laborales, no estatutarias.

B) Movilidad extraordinaria

La **STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2003**, I.L. J 2703, aplica la doctrina del TS señalando que la encomienda de funciones inferiores a las propias de la clasificación profesional del trabajador no podrá considerarse modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales, de tramitación por la modalidad procesal del artículo 138 LPL y consiguiente sujeción al plazo de caducidad fijado en el mismo así como en el artículo 59.4 ET, y sustantivos cuando la decisión patronal no haya observado la forma del artículo 41 ET. En estos casos “la acción habrá de seguir el cauce del procedimiento ordinario, o el de conflicto colectivo si se ejercita acción de esta naturaleza y ni una ni otra estará sometida a plazo de caducidad”.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Existencia. Modificación de la jornada laboral que conlleva el efecto de trabajar más días al mes. Nulidad de la medida por no respetar los trámites legales

Los actores pasaron de realizar una jornada diaria de 10 a 12 horas y por tal percibir una dieta por efectuar jornada superior a las 8,30 horas, a realizar una jornada de 6 a 8 horas sin percibir dieta por jornada superior a las 8,30 horas. La **STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2004**, I.L. J 2198, señala que “aunque la alteración de la jornada diaria pudiera considerarse en sí misma una modificación no sustancial de las condiciones de trabajo, pues como pone de manifiesto la Magistrada de instancia ello supone una adecuación a la jornada normal de trabajo, pues además de la pérdida económica, el efecto anudado a la alteración de la jornada cual es que los demandantes deben de trabajar un mayor número de días al mes —entre 5 y 8 días de trabajo efectivo se dice en el recurso, sin que ello sea negado en el escrito de impugnación al mismo— es indudable que convierte esta medida en una modificación sustancial”. En este supuesto, no cumplidos los requisitos formales a los que hace referencia el artículo 41.3 ET, procede declarar la nulidad de la medida.

B) Acuerdo de empresa y comité de reubicación en locales de otra empresa del grupo. Aplicación del Convenio de ésta, por lo que se cambian los turnos. No aplicación del artículo 41. No procede impugnar individualmente

Los trabajadores a través de una demanda individual impugnaron el cambio de turnos de trabajo, éstos en virtud de acuerdo de ERE (28 de marzo de 2000), se pactó la reubicación de parte de la plantilla en otra empresa del mismo grupo, notificándosele a cada trabajador nominalmente, y asimismo percibiendo unas indemnizaciones en compensación de perjuicios que recibieron sin perjuicio de su desacuerdo y mantener las demandas. Los trabajadores en el anterior centro tenían dos turnos de trabajo y al centro que se incorporaron tres turnos (mañana, tarde y noche). La STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2003, I.L. J 2232, analiza la aplicabilidad del artículo 41 ET y destaca que tal precepto “no resulta aplicable si la modificación no se produce por decisión unilateral del empresario sino por títulos distintos, tales como: el ejercicio de facultades reconocidas en convenio o acuerdo colectivo que supongan una ampliación del *ius variandi*; el ejercicio de las facultades reconocidas al empresario en el contrato de trabajo o el acuerdo novatorio entre empresario y trabajador”. En el caso presente, como se ha destacado, el traslado nace en razón a un pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores incorporándose a la nueva empresa del grupo la cual tiene convenio de empresa, lo que supone la aplicación del convenio colectivo de ésta y con el horario que en dicho centro se lleva. El acuerdo se concertó con el Comité de empresa y por tal la eficacia es general o *erga omnes*. “Si los trabajadores no estaban conformes con dicho acuerdo debieron de impugnarlo en forma, mas no pueden en forma individual y prescindiendo del mismo, pretender dejarlo sin efecto a través de demandas individuales de modificación sustancial de condiciones de trabajo (...)”.

C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Telefónica. Cambio de turnos de fin de semana. Falta de acreditación de los motivos alegados por la empresa. Injustificada

La empresa procedió a un cambio de turnos de fin de semana interesando los trabajadores la nulidad de la medida por haberse vulnerado el artículo 41.2 ET. La STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2003, I.L. J 2239, rechaza la pretensión toda vez que los “turnos no se hayan expresamente regulados en el vigente Convenio Colectivo de empresa (...)”. Pero la Sala argumenta revocando la sentencia de instancia que la empresa no probó las causas justificativas de la decisión modificadora alegando solamente motivos técnicos generalistas que no están acreditados y por tal declara la modificación injustificada.

D) Impugnación a través de la modalidad procesal del conflicto colectivo: No cabe el sometimiento al plazo de caducidad de los 20 días. Obligación de la empresa de seguir los trámites del artículo 41

La STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de septiembre de 2003, I.L. J 2322, se plantea ante un cambio de horario de jornada del personal de mantenimiento sin seguirse los trámites previstos en el artículo 41 ET si la acción ejercitada por los trabajadores a través del proceso colectivo se encuentra o no caducada. Dicha sentencia, siguiendo la dictada por

el TS de 10 de abril de 2000, considera que tratándose de una modificación sustancial de condiciones laborales no adoptada conforme a derecho no está sometida a plazo de caducidad. Sólo en el caso de haber cumplido la empresa con todos los requisitos, en concreto el período de consultas y notificación a los trabajadores individualmente del artículo 41.4 ET estaría caducada, y al no haberlo cumplido no está sometida a plazo de caducidad.

E) Requisitos de fondo: Concurrencia; los cambios de turno se debieron a necesidades de competitividad de la empresa. La falta del cumplimiento de los requisitos formales en las modificaciones de carácter individual no acarrear la declaración de injustificada

Los trabajadores de una sección venían trabajando a dos turnos de trabajo (mañana y tarde) con descansos los fines de semana siendo cambiados a dos turnos de trabajo sin descanso los fines de semana, asimismo los de otra sección de venir trabajando a tres turnos con descanso el fin de semana se les ha modificado cambiándoles a cuatro turnos sin fin de semana. Para la STSJ del País Vasco de 9 de septiembre de 2003, I.L. J 2336, se trata de una modificación sustancial, “ya que suponen un régimen de trabajo que modifica de modo notorio el seguido hasta entonces en una de las materias que expresamente menciona el artículo 41.1 ET”. La Sala contradiciendo lo mencionado por el Juzgado a quo, quien aplica la norma colectiva que prevé un régimen de cambios de condiciones de trabajo de las plantas industriales y servicios de toda clase a fin de adaptarse a las necesidades que en cada momento requiera el sistema productivo por razones técnicas o de mercado, permitiendo la implantación de relevos para cubrir necesidades o modificar el régimen de trabajo, no puede interpretarse como una regulación convencional que haya querido derogar el artículo 41 ET, éste sólo posibilita la adaptación de las condiciones laborales a las necesidades productivas de la empresa posibilitando modificaciones no sustanciales, pues de lo contrario –sustancialidad– el régimen es el del artículo 41 ET. “En suma un convenio colectivo no puede alterar el régimen de modificación de condiciones sustanciales de trabajo señalado en el artículo 41 ET, ya que la regulación que contiene esta norma no es de carácter dispositivo”. La sentencia examina, asimismo, si se dan los requisitos de forma, pues los trabajadores, si bien eran conocedores de la modificación no se les había notificado formalmente. Previamente la resolución destaca que no se trata de una modificación sustancial colectiva sino individual impuesta a cada trabajador en su contrato y ello por cuanto los horarios que realizaban no devenían de pacto colectivo o decisión unilateral del empresario con proyección colectiva. Así la señalada sentencia destaca que no obstante no haber sido cumplidos los requisitos del artículo 41.3 ET, el hecho de conocer el cambio por los trabajadores, como quiera que se justifica por la empresa las razones de fondo, la falta de concurrencia de los requisitos formales no puede suponer que se entienda la medida de modificación sustancial como injustificada, por ello debe primar el fondo sobre la forma y por tal declara justificada la modificación sustancia operada.

F) Ejecución de sentencia en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo. La empresa sólo puede resarcir del perjuicio causado al trabajador reponiéndole en sus anteriores condiciones de trabajo. La extinción del contrato es una posibilidad que tiene el trabajador

Tras una serie de vicisitudes, –trabajador excedente que se le notifica amortización de plaza y posterior asignación se dictó sentencia declarando injustificada la modificación

sustancial operada— en fase de ejecución la STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003, I.L. J 2346, examina, si cabe, a pesar de la declaración de la medida injustificada, la ejecución en sus propios términos, destacando que no cabe interpretar el artículo 138.6 LPL, que sólo la medida de nulidad lleva aparejada la ejecución en sus propios términos y que la declaración de injustificada conlleva automáticamente a la extinción indemnizada del contrato, puesto que, de ser así, quedaría sin efecto la consecuencia de tal declaración prevista en el artículo 138.5, párrafo 2º. La empresa alega un imposible cumplimiento en sus propios términos de la sentencia, lo que rechaza la resolución, pues declarada injustificada la modificación sustancial, “la empresa sólo puede resarcir en forma plena al trabajador del perjuicio causado reponiéndolo en sus anteriores condiciones de trabajo”.

Así destaca la señalada sentencia “Si la consecuencia anudada a la ejecución instada hubiera sido únicamente la señalada por el Juzgado (indemnización) el verbo podrá (...) sobrar y el artículo 138.6 de la LPL dispondría que en los supuestos de los incumplimientos empresariales allí previstos el trabajador solicitará o deberá solicitar la ejecución con extinción del contrato (...) pero no lo hace así, y si bien la redacción puede resultar un tanto confusa, dicho podrá no hacer sino conferir al trabajador la facultad o posibilidad de instar la extinción del contrato por la causa prevista en el artículo 50.1.c) ET y conforme al procedimiento establecido en los artículos 277, 278, 279 de la LPL, es decir, con los plazos y la comparecencia en ellos previstos y sin la necesidad de instar una nueva acción judicial en procedimiento separado”.

G) El cambio en la determinación de las horas de reajuste que afecta a 138 para el año 2003 es una modificación sustancial

La STS de 9 de diciembre de 2003, I.L. J 2421, analiza a través del recurso de casación si el cambio en la determinación de las horas de reajuste que afecta a 138 horas supone una modificación sustancial, lo que así destaca, pues se trata de un conflicto jurídico real y efectivo, y es que el calendario laboral como documento tiene trascendencia colectiva y es que éste “puede incluir desde luego (...), no sólo la indicación de los días de trabajo del año, sino también el horario de trabajo general y las concreciones o especificaciones del mismo para grupos de trabajadores determinados”. “Una alteración potencialmente peyorativa (...) debe considerarse en principio como una alteración susceptible de impugnación por la vía del proceso de conflicto colectivo”.

Se trata de una materia que versa sobre modificación de reajuste, en esencia horario de trabajo, expresamente calificable de sustancial por el artículo 41.1 ET. “El horario de trabajo es la distribución en las horas del día de la jornada de trabajo o cantidad abstracta de horas de trabajo a realizar en unas u otras unidades temporales; y esta distribución comprende, en casos como el presente, la precisión o concreción de las libranzas del trabajador que permiten ajustar un horario general de trabajo en el que el número de horas excede de las cifradas en la jornada anual de trabajo o número de horas de trabajo al año”. No se trata de una modificación de horario (130 horas de reajuste en el año) insignificante sino sustancial, significativa.

H) Conflicto colectivo. Días de descanso compensatorio

La empresa de ferrocarriles del metropolitano elabora anualmente unas condiciones horarias y de calendario ajustadas a los Libros de servicio y conforme a ellas en el año 2000 supuso una supresión de los dos días de descanso semanal sustituyéndolo por un día y medio. La STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2003, I.L. J 2667, entiende que se trata de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, y por tal de signo contrario con la dictada por la instancia, pues ésta entendió que venían siendo disfrutados por la permisividad de la empresa, sin embargo para la Sala excede de una mera actividad adaptativa para introducir la modificación de carácter sustancial al afectar a la jornada laboral que venían realizando los últimos años, no se trata de un mero cambio de denominación pues trasciende su tratamiento y disponibilidad por la empresa, “pudiendo incluso repercutir si no en la jornada teórica sí en una variación de la jornada real y en la mayor o menor concentración y posibilidades de disfrute del tiempo libre disponible por los trabajadores”, ello es independiente a que no haya alcanzado efectividad el horario.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: posibilidad de reingreso anticipado

La STSJ de Cataluña de 24 de noviembre de 2003, I.L. J 2683, establece que el artículo 46 ET al regular las excedencias voluntarias, permite que convencionalmente se complete el régimen del reingreso, debiendo entenderse que, en caso de inexistencia de previsión convencional, el momento adecuado para la solicitud es el del agotamiento del período de excedencia, de lo que se deduce que la negativa del empresario al reingreso anticipado no constituye un supuesto de despido.

B) Excedencia voluntaria. Reingreso. Indemnización de daños y perjuicios

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de noviembre de 2003, I.L. J 2649 (recurso 885/2001), analiza un supuesto en el que por parte de un trabajador se solicita el reingreso desde la situación de excedencia voluntaria, siendo desestimada dicha solicitud por el empresario, pese a la existencia de vacantes idóneas de igual o similar categoría, produciéndose la reincorporación posteriormente.

Según la sentencia para que surja la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, han de tenerse en cuenta estos dos principios: a) Se presume que la reincorporación tardía del trabajador da lugar a indemnización y b) La cuantía de la indemnización se cifra, en principio, salvo que se acrediten otros superiores, en los salarios dejados de percibir a causa del incumplimiento empresarial. En el caso de que el trabajador hubiera ocupado otro empleo, para deducir lo percibido de la indemnización, es necesario que se pruebe por el empresario los períodos trabajados y la cuantía de los salarios percibidos.

C) Excedencia voluntaria: Reingreso. Plazo para el ejercicio de la acción

La STSJ de País Vasco de 7 de octubre de 2003, I.L. J 2380 (recurso 1814/2003), recuerda que la acción solicitando el reingreso debe ejercitarse en el plazo de prescripción de un año computado desde la fecha en que el trabajador tenga conocimiento de la existencia de vacante, sin que exista límite temporal alguno en caso de inexistencia o desconocimiento de la existencia de vacante, de tal manera que la situación puede prorrogarse indefinidamente en el tiempo, hasta que surja la vacante adecuada, sin que decaiga el derecho al reingreso.

D) Excedencia voluntaria. Duración prórroga

La STS de 11 de diciembre 2003, u.d., I.L. J 2420, considera que el período de duración de la excedencia es de libre elección para el trabajador, pero ello no significa que una vez elegido dicho período, pueda ser alterado de forma unilateral por el propio trabajador.

La sentencia concluye afirmando que “Aceptar la posibilidad de que un trabajador en excedencia pueda solicitar una prórroga de la ya concedida con anterioridad equivale materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia aunque formalmente aparezca como una continuación de la primera”.

E) RENFE: Excedencia especial con efectos de forzosa

La STS de 18 de noviembre de 2003, I.L. J 2408, analiza el supuesto de un trabajador de Renfe que se incorporó voluntariamente a la empresa Enatcar, quedando en la primera empresa en situación de excedencia especial, con los efectos de forzosa y con carácter indefinido, con la condición de que podría solicitar el reingreso en Renfe en caso de disolución de Enatcar.

Disuelta Enatcar, el trabajador continúa prestando servicios para “Grupo Enatcar, SA” hasta que es despedido por causas objetivas, momento en el que solicita su reincorporación a Renfe.

Para la sentencia, en el caso examinado, la pérdida de empleo no se ha producido propiamente por “disolución”, dado que la empresa ha continuado su actividad, sino por despido, lo que hace improcedente la solicitud de reingreso.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido. A) Causas de extinción contractual. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Art. 52.c) ET. **5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido.** A) La caducidad de la acción. **6. Calificación judicial del despido: Procedencia. 7. Calificación judicial del despido: Improcedencia.** A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia. B) Salarios de tramitación. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido, emanada del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 13 a 16 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 Andalucía (Granada) de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2212 (recurso 735/2003), desestima la existencia de despido ante un supuesto de extinción contractual por finalización de la contrata en que no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización, “pero en el que, no obstante, se aprecia la concurrencia de una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes a la hora 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”.

Relativa a la extinción del contrato de trabajo **por voluntad del trabajador** (art. 50 ET), la **STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 2226 (recurso 3611/2003), niega que exista dimisión de un trabajador ante un caso de falta de abono del subsidio por incapacidad temporal durante un período de tres meses, coincidiendo con la muerte del socio mayoritario y la falta de liquidez de la empresa. La Sala argumenta que el incumplimiento no es de tal gravedad como para extinguir la relación laboral.

Según la Sala, la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, porque “Se había venido pagando puntualmente todas las mensualidades desde el inicio de esta situación en el mes de junio de 2001, y pagó también aún con retraso, los meses de noviembre y diciembre, y sobre todo, que aquella irregularidad obedece al hecho de que había fallecido el socio mayoritario que dirigía la empresa en una situación de falta de liquidez de la misma, de forma que hasta que no se produjo la aceptación de la herencia por parte de los herederos a primeros de octubre de 2002 no pudieron éstos conseguir los créditos necesarios para hacer frente a los pagos pendientes. Hecho que no es lo suficientemente grave como para dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”.

En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de septiembre de 2003**, I.L. J 2327 (recurso 1978/2003), niega que se haya producido la dimisión de una trabajadora ante un hipotético supuesto de *moobing*. Y ello porque no se aprecia una intención clara, manifiesta, deliberada y pertinaz de no abonar el subsidio de incapacidad temporal por la empleadora; toda vez que ésta manifestó su voluntad de pago y requirió a la actora para que le dijera la forma de hacérsela llegar. Según la Sala:

“Ante estas circunstancias no vemos la posibilidad de encuadrar la conducta empresarial en el art. 50.1.c) del ET, pues no existe una intención clara, manifiesta, deliberada y pertinaz de no abonar el subsidio de incapacidad temporal por la empleadora, no constituyendo su actitud un incumplimiento grave y culpable, como exige el precepto mencionado, pues

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

falta, de un lado, el requerimiento de pago al empresario y de otro, la no personación de la actora por sí o por otra persona autorizada para reclamar lo que se le debía de IT.”

Por el contrario, la **STSJ de Murcia de 2 de septiembre de 2003**, I.L. J 2471 (recurso 935/2003), admite la existencia de dimisión de una trabajadora ante un supuesto de *moobing*, a la par que, basándose en la doctrina emanada del TS, determina 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 2001, que sienta la siguiente doctrina.”

La **STSJ de Cataluña de 25 de septiembre de 2003**, I.L. J 2230 (recurso 4404/2003), admite, asimismo, la existencia de dimisión de una trabajadora ante el incumplimiento de lo acordado en conciliación extrajudicial, al apreciar una voluntad empresarial deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, modificando las condiciones laborales del trabajador afectado. Razona la Sala que:

“Nada impide que la actora pueda acudir al procedimiento ordinario para reclamar la rescisión del contrato de trabajo, en tanto que la última decisión de traslado adoptada por la empresa en 10 de diciembre de 2002 supone un incumplimiento palmario, grave y culpable de las obligaciones que asumió la empresa para con su trabajadora en el acto de conciliación extrajudicial, al tiempo que expresa una voluntad empresarial deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones y, en definitiva una abierta negativa de la empresa a reintegrar a la trabajadora a sus anteriores condiciones de trabajo, creándose una situación de abuso patronal que faculta a la operaria, al amparo de los arts. 138.6 LPL y 50.1.c) ET, para reclamar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo.”

De otro lado, la **STSJ del País Vasco de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 2383 (recurso 2060/2003), niega la existencia de despido ante un supuesto de dimisión del trabajador. En este caso, dicho acto extingue el contrato sin necesidad de que el empresario acepte u autorice la misma. No cabe retractarse de la voluntad de dimisión, salvo expresa aceptación del empresario. La Sala argumenta en su FJ 2º: “Una de las causas de extinción del contrato de trabajo es la dimisión del trabajador [art. 49.1.d) ET] entendida como expresión suya de voluntad de darlo por terminado, cuya eficacia se vincula a su puesta en conocimiento del empresario, sin que se exija que éste la acepte u autorice”.

Asimismo, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 7 de noviembre de 2003**, I.L. J 2643 (recurso 1783/2003), desestima 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 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 otras sean continuadas, 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.”

La **STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2003**, I.L. J 2653 (recurso 687/2003), razona cómo para que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo 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 que:

“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.”

Por otra parte, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 14 de octubre de 2003**, I.L. J 2367 (recurso 1077/2003), niega que exista despido, optando por la extinción contractual, en el supuesto de extinción de la relación laboral de un trabajador durante el período de prueba. Para la Sala este último tiene como finalidad la constatación de las aptitudes laborales del trabajador y el mutuo conocimiento de las partes, no sólo en el aspecto laboral, sino también en el personal y humano. La Sala justifica el fallo en los siguientes términos:

“La íntegra finalidad del período de prueba, del que si su objeto principal es la constatación de las aptitudes laborales del trabajador, también es elemento integrante de su objeto el mutuo conocimiento de las partes, no sólo en el aspecto laboral, sino también en el personal y humano, y si estos últimos aspectos, ajenos a la estricta capacidad laboral, no son satisfactorios para alguna de las partes, son motivo suficiente para resolver el contrato; mereciendo nuestro más firme rechazo la denuncia que del art.14.1 párrafo 3º del ET se hace, ya que no sólo por el aspecto personal que acabamos de resaltar, sino porque, sin duda, ‘la teoría del levantamiento del velo’ con relación a los grupos de empresas es ajeno aquí; y, en fin, no hay quiebra del principio de ‘norma más favorable’, en cuanto que la extinción durante el período de prueba no requiere expresión de causa y si así lo decidió la demandada no le es exigible, ante la irregular actuación del actor, acudir a otra vía legal” (FJ Único).

Finalmente, la **STS de 23 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2394 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 551/2003), resuelve sobre la eficacia de los contratos de prejubilación de los trabajadores de Telefónica como contratos extintivos de la relación laboral cuyo fundamento es el art.49.1.a) del ET. Además, analiza la improcedencia del denominado “premio de servicios prestados” regulado en el art. 207 de la Normativa Laboral de Telefónica a los trabajadores demandantes, que cesaron al servicio de la

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

empresa en virtud de “contrato de prejubilación” con fecha de efectos de 2 de enero de 1999. Se concede como regla general a los cuarenta años de servicios (seis mensualidades de salario), admitiéndose la posibilidad de anticipo (tres mensualidades) al cumplir 25 años de antigüedad. La Sala se pronuncia en los siguientes términos:

“Además, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida y el escrito de impugnación de este recurso de casación unificadora, tales ceses o bajas en la empresa tienen carácter voluntario, de acuerdo también con jurisprudencia reiterada. La doctrina jurisprudencial que califica como voluntarios los ceses de trabajadores llevados a cabo con propósito de acogerse a planes de prejubilación y de jubilación anticipada había sido ya establecida en sentencia de 17 de julio de 1989, y ha sido mantenida en fechas más recientes en numerosas sentencias de unificación de doctrina, a efectos precisamente de la calificación como voluntaria u obligatoria de la jubilación posterior de trabajadores prejubilados de Telefónica. La serie de estas sentencias se inicia en la de 25 de noviembre de 2002, seguida por otras de 9 y 10 de diciembre del mismo año, y de otras más del presente año, como las dictadas el 24 de enero, el 30 de mayo y el 2 de diciembre. Según estas sentencias, las decisiones de los trabajadores de cesar en la empresa Telefónica, acogiéndose a los programas de prejubilación establecidos en la misma, han de incardinarse, como ya se había declarado anteriormente, en la causa de extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso o mutuo acuerdo extintivo de la relación de trabajo prevista en el art. 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, sin que la concurrencia de razones económicas y profesionales más o menos poderosas que impulsan al trabajador a aceptar el ofrecimiento de la empresa pueda desvirtuar la bilateralidad característica de esta causa de extinción, que no se transforma por ello en extinción por voluntad unilateral del empresario.”

La STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003, I.L. J 2454 (recurso 1781/2003), falla la extinción contractual –y la no existencia de despido– al abordar la situación de jubilación de una trabajadora. La Sala argumenta:

“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.”

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 Cataluña de 25 de julio de 2003, I.L. J 2194 (recurso 2985/2003), niega la existencia de despido ante la inexistencia

de una contrato de trabajo al faltar la nota de “dependencia”. Con este motivo, la Sala resume los requisitos y características que deben estar presentes en esta relación laboral.

La Sala aprecia “Autonomía de actuación” debido a que “el demandante realiza los artículos o noticias que él considera pertinentes, que la demandada puede o no aceptar, y la remuneración es conforme a la aceptación o no de los artículos. Por el contrario el núcleo argumental de aquélla reside, precisamente, en que no concurre en el recurrente la nota de dependencia respecto de la empresa demandada, esencialísima para calificar la relación de laboral (...) No consta en la sentencia, que sus trabajos se desarrollarán en el ámbito de organización de la empresa (...), y la contratación posterior de un ingeniero, en régimen laboral, para llevar a cabo las mismas funciones que el actor no es indicio indubitado del régimen contractual de éste (...) Todo lo anterior, unido a lo dicho en la resolución de instancia, hace que se concluya que no estamos ante una relación individual de trabajo por cuanto los servicios prestados por el actor no lo fueron dentro del ámbito de organización y dirección del empresario, como exige el art. 1.1 del ET, lo que excluye del tema a esta jurisdicción laboral [art.2.a) LPL]”.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. La **STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2003**, I.L. J 2206 (recurso 3213/2003), estima la procedencia del despido de un trabajador por acceder a buzones privados de correo electrónico de directivos, conociendo la expresa voluntad del uso exclusivo de dichos buzones por sus titulares. Para la Sala resulta incuestionable que tal actuación transgrede la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Asimismo, la **STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2003**, I.L. J 2239 (recurso 2672/2003), estima la procedencia del despido efectuado a un trabajador por transgresión de la buena fe contractual, dado que su actuación (enfrentamientos reiterados del trabajador con representantes de otras empresas, con compañeros y con el Director General) incide de forma decisiva en la buena marcha del trabajo. Para la Sala “su contumaz reiteración evidencia una indolente actitud del trabajador que supone una transgresión de la buena fe contractual”.

En sentido análogo, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 17 de julio de 2003**, I.L. J 2318 (recurso 984/2003), falla la procedencia del despido efectuado a un trabajador por transgredir la buena fe contractual al esconder bolsas con carne congelada generando con su actuación un grave riesgo para la salud de los clientes y un posible perjuicio económico para la empresa.

Por último, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 2357 (recurso 1247/2003), declara la procedencia del despido por idéntica causa existiendo, además, en el supuesto analizado, abuso de confianza ante la conducta de un trabajador, Director de oficina bancaria, cuyas actuaciones se traducen en quebranto de depósitos en perjuicio

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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 contrastar, al menos cada cierto tiempo, que despliegan esa lealtad que con mayor razón es exigible al inmediato colaborador”.

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

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

La 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 la **STSJ de Cataluña de 17 de julio de 2003**, I.L. J 2207 (recurso 3304/2003). En ella, al declarar la improcedencia del despido efectuado, delimita 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”.

La **STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003**, I.L. J 2190 (recurso 3636/2003), falla la procedencia del despido efectuado 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. La Sala argumenta en su FJ 2º:

“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 del País Vasco de 16 de septiembre de 2003**, I.L. J 2337 (recurso 1602/2003), determina la procedencia de un despido ante una situación económica de una empresa, con pérdidas económicas en varios años sucesivos, cuyo importe se incrementa a lo largo de esos años. Alega que “el empresario es libre de adoptar esta medida pues goza de albedrío para organizar su empresa” siempre y cuando acredite que la extinción ayuda a la superación de la situación negativa por la que aquélla atraviesa. Para la Sala:

“La situación económica negativa de la empresa se haya suficientemente acreditada, por lo que la elección del trabajador y puesto a amortizar es libre por parte del empresario (TSJ de Cataluña de 3 de octubre de 1995). Así, la amortización de un puesto de trabajo no impide que las funciones del mismo sean desarrolladas por otros trabajadores de la empresa

(TSJ de Andalucía de 30 de octubre de 1995). También corresponde al empresario la libre determinación del puesto de trabajo a amortizar, siempre que concurran las causas exigidas (STJ de Cataluña de 7 de febrero de 1996), pudiendo amortizarse puestos de trabajo fijos, aunque haya trabajadores temporales que realicen las mismas funciones (TS de 19 de enero de 1998).”

No obstante, la **STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003**, I.L. J 2202 (recurso 3390/2003), argumenta cómo para fundamentar el despido no es necesario que la crisis económica sea grave, profunda e irreversible. 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.”

Al incumplirse tal condición, la **STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2003**, I.L. J 2197 (recurso 2881/2003), declara la improcedencia de un despido basado en causas objetivas (organizativas) en un caso en que, tras la extinción del contrato con la demandante (por la supresión de un curso de bachillerato, primer curso), la empresa contrata dos nuevos profesores, uno de ellos para impartir las clases de bachillerato que impartía la actora. En este supuesto la Sala argumenta:

“En el presente caso ni tan siquiera puede hablarse de desajuste entre la fuerza de trabajo y las necesidades de la producción, en cuanto se ha suprimido el primer curso de bachillerato, por cuanto el segundo no se producía hasta un año después del despido de la recurrente, y segundo porque la supresión de dicho curso únicamente dejaba sin contenido 6 horas semanales de las 30 que comprende la jornada laboral de la trabajadora, por lo que realmente no se acredita causa organizativa que justifique la extinción de su contrato”.

La **STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2003**, I.L. J 2681 (recurso 3/2003), al analizar el valor liberatorio del finiquito, identifica la finalidad del despido por causas objetivas basado en causas económicas con la superación de situaciones económicas negativas. La Sala alega que el empresario no está obligado a adoptar medios complementarios, bastando con que acredite cómo la amortización del puesto ayuda a superar la situación económica por la que atraviesa la empresa.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“Con ello, se ha de descartar la posibilidad de que una empresa que haya obtenido beneficios pueda amortizar por causas económicas puestos de trabajo de un centro concreto al observarse pérdidas en éste. En definitiva, la unificación de doctrina pone de manifiesto que es necesario que exista un déficit que afecte a la organización empresarial en su conjunto, y que se observe de modo específico en el concreto centro de trabajo donde se pretenda despedir por tales causas objetivas.”

La **STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2003**, I.L. J 2457 (recurso 2406/2003), 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. Para ello, la Sala, razona:

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

En el mismo sentido, las **SSTSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2003** y **TSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2003**, [I.L. J 2348 (recurso 1725/2003), I.L. J 2664 (recurso 2/2003)], juzgan improcedentes las extinciones 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. Para el TSJ del País Vasco:

“Como se razona en la sentencia de instancia, las causas que se expresan en la carta de despido objetivo, no pueden dar lugar al mismo, ya que empezando con la segunda, la reestructuración de los turnos de trabajo que elimina los sistemas y procesos que existían no justifican tal medida extintiva, sino en todo caso una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aparte de que no se explica que el nuevo sistema de turnos dé lugar a la causa organizativa que determina la legalidad de la extinción del contrato del actor.”

La Sala del TSJ de Cataluña, 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.”

Por el contrario, la **STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2003**, I.L. J 2452 (recurso 2259/2003), declara procedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas derivada de una ineptitud sobrevenida. La Sala 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 argumenta en su FJ 2º:

“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.”

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2003**, I.L. J 2666 (recurso 438/2003), analiza la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en un caso de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Razona el TSJ de Cataluña:

“Conforme a lo dispuesto por el art. único de la Ley 60/1997, de 19 de diciembre, sobre cobertura del Fondo de Garantía Salarial, se dio un nuevo redactado al núm. 2 del repetido art. 33 del ET incluyendo y haciendo extensiva también la responsabilidad de dicho organismo al pago de las indemnizaciones correspondientes a despido o extinción del contrato de trabajo conforme al art. 52.c) del ET, esto es, por la necesidad de amortiza puestos de trabajo por alguna de las causas determinadas por el anterior art. 51.1, cuyo importe, conforme a lo establecido por el núm. 1 apdos. b) y c) del siguiente art. 53 del mismo texto, alcanza y comprende, junto a la del abono, con puesta a disposición, del importe de 20 días de salario por año de servicio y concesión de un mes de preaviso o, en su defecto, abono de su importe.”

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

A) La caducidad de la acción

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de junio de 2003**, I.L. J 2439 (recurso 18/2003), estima la excepción de caducidad en el cómputo del plazo, en un supuesto en el que opera una causa extintiva apreciable de oficio. La Sala fundamenta el fallo en que “ya se había superado el plazo de 20 días hábiles que, para la caducidad de la acción de despido, se establece en el art. 59 del Estatuto de los Trabajadores”.

Por el contrario, la **STSJ de Cantabria de 14 de abril de 2003**, I.L. J 2567 (recurso 408/2002), rechaza la excepción de caducidad de la acción de despido, al no haberse superado el plazo de 20 días hábiles que, para la caducidad de la acción de despido, señala el art. 59 del Estatuto de los Trabajadores. 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.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

De otro lado, la **STSJ de Cataluña de 9 de mayo de 2003**, I.L. J 2536 (recurso 148/2003), rechaza la excepción de caducidad de la acción de despido, en un supuesto de despido verbal en el que éste ha sido acreditado. Para la Sala:

“Ha de desestimarse la pretensión del recurrente basada en que la acción está caducada por cuanto el despido no se ha acreditado, y la fecha a considerar es la que la empresa saldó y finiquitó a la actora. No ha de estimarse este primer motivo de censura jurídica, al constar acreditado que la actora fue despedida verbalmente en fecha 19 de junio de 2002; y presentada papeleta de conciliación el día 1 de julio de 2002 y posterior demanda el 18 de julio de 2002, es claro que la acción no había caducado.”

Asimismo, la **STSJ de Baleares de 7 de mayo de 2003**, I.L. J 1896 (recurso 185/2003), 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 las 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. La Sala argumenta:

“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 Cantabria de 9 de abril de 2003**, I.L. J 2561 (recurso 429/2003), juzga un supuesto de caducidad de la acción por despido. Expone que el cómputo del plazo de caducidad se reanuda al día siguiente a aquél en que el trabajador reciba la notificación de la designación de un abogado de oficio, con independencia de que haya sido analizado o no por el abogado correspondiente. La Sala argumenta para ello que “la suspensión del plazo de caducidad se mantiene durante todo el tiempo que duren los trámites que se desarrollen para la designación del abogado de oficio”.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 2228 (recurso 2781/2003), revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador por faltas de asistencia al trabajo ante un supuesto de enfermedad y fallecimiento de un familiar. La Sala argumenta:

“La empresa no puede supeditar su viabilidad a la actitud de sus trabajadores ante sus propios problemas personales. El juez ha de realizar un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas (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.”

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios por transgresión de la buena fe contractual. La **STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2003**, I.L. J 2206 (recurso 3213/2003), resolviendo el caso de un trabajador por acceder a buzones privados de correo electrónico de directivos, conociendo la expresa voluntad del uso exclusivo de dichos buzones por sus titulares. Para la Sala tal actuación es incuestionable que transgrede la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. La **STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2003**, I.L. J 2239 (recurso 2672/2003), estima que existe transgresión de la buena fe contractual en la actuación del trabajador (enfrentamientos reiterados del trabajador con representantes de otras empresas, con compañeros y con el Director General) que incide enormemente en la buena marcha del trabajo. Para la Sala “su contumaz reiteración evidencia una indolente actitud del trabajador que supone una transgresión de la buena fe contractual”.

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 17 de julio de 2003**, I.L. J 2318 (recurso 984/2003), declara la procedencia del despido efectuado por idéntica causa, al esconder el trabajador bolsas con carne congelada generando con su actuación un grave riesgo para la salud de los clientes y un posible perjuicio económico para la empresa. Y, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 2357 (recurso 1247/2003), aprecia, asimismo, transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en la conducta de un trabajador, Director de 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 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 31 de octubre de 2003**, I.L. J 2617 (recurso 5509/2003), 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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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.”

En sentido análogo, la **STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2003**, I.L. J 2630 (recurso 3637/2003), declara procedente un despido disciplinario. Razona que tal principio condiciona el uso del mecanismo informático, —como medio de comunicación del empresario— a su finalidad, y no puede servir para el uso de juegos de ordenador con la consiguiente distracción del trabajo durante 28 días con un total de 17 horas y 58 minutos. Para la Sala:

“Si el medio de comunicación es propio del empresario y puesto a disposición del trabajador para un fin (desempeño de su trabajo) el principio de buena fe contractual condiciona el uso del mecanismo informático a su finalidad. Si quedara legalmente vedado el acceso del propietario al instrumento de su propiedad —por mor de la intimidad personal de quien le da un interesado uso contrario a su fin— nunca en ningún caso podría probarse el uso desleal del medio y, por ello, el empresario quedaría huérfano de defensa y de tutela judicial.”

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003**, I.L. J 2688 (recurso 562/2002), enjuicia el despido disciplinario, que declara procedente al estimar que se produce transgresión de la buena fe contractual. En el caso, el actor, en situación de Incapacidad temporal, teniendo prescrito reposo, realizó su actividad laboral. “La conducta quebró el tratamiento médico prescrito, que el actor, en el plano laboral, tenía la obligación de respetar”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La **STS de 12 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2287 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 618/2003), desestima el recurso de casación para la unificación de la doctrina, y confirma la sentencia que declara la improcedencia al apreciar falta de contradicción entre la sentencias objeto de contraste. La trabajadora fue objeto de despido disciplinario y éste fue declarado improcedente porque la carta de despido sólo contenía referencias genéricas, insuficientes para dar por cumplidos los requisitos del art. 55.1º del Estatuto de los Trabajadores. La sentencia confirmada fue la dictada en recurso de suplicación por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 2 de octubre de 2002. Para la Sala:

“El art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista una contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. La contradicción requiere 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 y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de ‘hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales’. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 27 y 28 de enero de 1992, 18 de julio, 14 de octubre, 17 de diciembre de 1997 y 23 de septiembre de 1998).”

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, la **STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003**, I.L. J 2213 (recurso 4145/2003), resuelve un supuesto de ausencia del trabajador, justificada y autorizada por su jefe inmediato, en el que no se acredita que ésta haya ocasionado los daños y perjuicios alegados por la empresa. Analiza el requisito de culpabilidad y gravedad contenido en el art. 54.2 ET. Para 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.”

En el mismo sentido, la **STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2003**, I.L. J 2234 (recurso 4493/2003), declara la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de faltas de asistencia justificadas del trabajador, debidas a la prórroga de sus vacaciones para atender el ingreso hospitalario de su madre. La Sala argumenta:

“En materia de ausencia al trabajo exige que éstas sean injustificadas, siendo necesario ponderar conforme a dicha jurisprudencia todas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes para ver si en la conducta del trabajador se aprecia gravedad y culpabilidad que el citado precepto requiere.”

Asimismo, la **STSJ de Extremadura de 26 de noviembre de 2003**, I.L. J 2652 (recurso 672/2003), estima la improcedencia del despido efectuado a un trabajador cuya conducta, basada en responder de forma airada o realizar comentarios descalificativos, carece de la gravedad suficiente para ser sancionado con el despido. Para la Sala:

“De acuerdo con lo dispuesto en el art. 54.2 del ET, las infracciones a que se refiere dicho precepto deben, en todo caso, alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, para constituirse en causa de despido. El motivo debe prosperar, y con ello el recurso, dado que la conducta que se imputa al actor, tal y como resulta acreditada en el hecho probado tercero

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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 Cataluña de 15 de septiembre de 2003**, I.L. J 2233 (recurso 3538/2003), falla la improcedencia de un despido en un supuesto de extinción de la plaza del trabajador por reconversión. Para la Sala: “Si la amortización supone la supresión de empleo o plazas, la reconversión entraña únicamente la modificación de su estructura”. 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, la **STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2003**, I.L. J 2215 (recurso 2831/2003), aprecia la inexistencia de disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo, ante la inexistencia de un elemento de comparación que permita objetivamente cuantificarlo. Por tanto declara la inexistencia del despido. La Sala argumenta en su FJ 5º:

“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 coincidente 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, la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2003**, I.L. J 2659 (recurso 649/2003), juzga un despido improcedente en un supuesto de sucesión de empresas al no concurrir ninguno de los requisitos regulados en el art. 44.1 del Estatuto de los Trabajadores. La Sala fundamentando su fallo en la STS de 29 de abril de 1998 argumenta:

“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 contratas 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.”

La STSJ de Cataluña de 10 de junio de 2003, I.L. J 2451, (recurso 1220/2003), 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. La Sala, fundamenta este supuesto:

“La empresa que contrata con la con la empresa de trabajo temporal no realiza una contratación laboral con el trabajador; careciendo de muchas de la 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.”

De otra parte, la STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de octubre de 2003 I.L. J 2355 (recurso 1220/2003), apoya la improcedencia del despido, en la inexistencia de nulidad del mismo, en un caso de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. Para la Sala:

“Se denuncia la infracción del art. 39 del Convenio Colectivo. Dicho precepto contempla dos posibilidades de que un trabajador de la empresa declarado en situación de IPP o IPT sea reintegrado en la plantilla. En este sentido, transcribe los dos párrafos del mismo a cuyo tenor: 1. Los trabajadores declarados en IPP o IPT continuarán prestando sus servicios en la empresa obligándose ésta a dar un puesto de trabajo adecuado a su capacidad profesional disminuida. Al tratarse de un accidente de trabajo la trabajadora continuará prestando sus servicios, excluyendo la posibilidad de que tenga que esperar la existencia de vacante. En consecuencia la empresa debe darle una ocupación efectiva en puesto de trabajo acorde a sus posibilidades. El no hacerlo así constituye despido.”

Asimismo, la STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2003, I.L. J 2632 (recurso 4741/2003), estima la improcedencia del despido efectuado a una trabajadora, en el supuesto en que la misma 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

B) Salarios de tramitación

La STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de septiembre de 2003, I.L. J 2325 (recurso 2247/2003), a propósito de la improcedencia de un despido, se pronuncia sobre el alcance temporal del abono de los salarios de tramitación. La Sala expone que corresponderán, en todo caso, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia. La Sala argumenta:

“El tema de debate se circunscribe a precisar la extensión temporal de los salarios de tramitación en casos de tanta singularidad como el presente, en el que por dos veces se imputó la responsabilidad derivada del despido a empresas diferentes. La solución al dilema planteado debe buscarse en el texto del art. 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el art. 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la redacción que presentaba en la fecha en que se produjo el despido, a cuyo tenor, declarada la improcedencia del despido, el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización y de ‘una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación’. Aquí no se contempla este último supuesto, sino solamente el primero, es decir, la fecha inicial y final a tener en cuenta para el cómputo de los salarios de tramitación; en cuanto al primer factor no se ha suscitado controversia, pues ambos recurrentes admiten que debe ser la fecha en que se produjo el despido, y éste es el sentido de la norma que interpretamos.”

En sentido análogo, la STSJ de Cataluña de 25 de noviembre de 2003, I.L. J 2685 (recurso 26417/2003), se pronuncia sobre el alcance temporal del abono de los salarios de tramitación, en el supuesto de suspensión del procedimiento a petición del actor, y concluye declarando la improcedencia del despido enjuiciado. El razonamiento de la Sala es el siguiente:

“Es claro y patente que desde aquella fecha primera hasta esta última el procedimiento judicial estuvo suspendido o paralizado a petición y por voluntad del actor lo que, con independencia de lo que la demanda consintiera o no se opusiera a tal suspensión ni altera el carácter voluntario de tal paralización por parte de aquél ni puede hacer recaer sobre éste las consecuencias de la misma lo que en lógica deducción conduce a la exclusión en el cómputo de los salarios de tramitación de tal período los 20 días transcurridos entre ambas fechas aludidas porque la responsabilidad que respecto de su abono a la ejecutada impone la ley no puede quedar al arbitrio ni hacerse depender de que con razón o sin ella a instancia del demandante se suspenda.”

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

La STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2003, I.L. J 2221 (recurso 3571/2003), declara la nulidad de un despido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judi-

cial efectiva, y del derecho a la intimidad en un supuesto en que el trabajador solicita una excedencia voluntaria. La Sala argumenta que tal derecho puede verse lesionado cuando su ejercicio, o la realización de actos previos para su ejercicio, produzca una conducta de represalia por parte del empresario que, en particular, se concreta en el despido. Para ello la Sala argumenta:

“No puede sostenerse que ha existido una renuncia o abandono unilateral del contrato de trabajo pues el actor manifestó su interés en mantener el vínculo laboral reincorporándose a su puesto de trabajo y efectuada formalmente la incorporación, solicitando como ha dicho la excedencia voluntaria. Existe pues un indicio de que la conducta empresarial continúa teniendo como verdadera motivación la de represaliar una conducta anterior del trabajador reivindicativa de sus derechos y de desconocer en la práctica el pronunciamiento judicial que ordena la readmisión inmediata del demandante.”

Asimismo, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 8 de noviembre de 2003**, I.L. J 2650 (recurso 788/2003), falla la nulidad de un despido, por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en un supuesto en el que el trabajador es despedido al día siguiente de la notificación de la sentencia en la que se declara su relación laboral de carácter indefinido. La Sala fundamenta su fallo en la Doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la STC 198/2001, de 4 de octubre:

“Por lo que se refiere a alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el enjuiciamiento de este Tribunal ha de partir de su reiterada doctrina conforme a la cual la prohibición de que el empresario utilice sus facultades organizativas y disciplinarias para sancionar el legítimo ejercicio por parte del trabajador de sus derechos fundamentales encuentra una aplicación específica en los supuestos en los que la extinción del contrato o el despido se configura como una represalia al previo ejercicio por parte del trabajador de acciones judiciales contra la empresa dirigidas a la reclamación o protección de sus derechos laborales.”

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la **STSJ del País Vasco de 4 de noviembre de 2003**, I.L. J 2701 (recurso 1731/2003), estima la nulidad de un despido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24.1 de la CE en su vertiente de garantía de indemnidad. La Sala fundamenta su fallo en la STC 101/2000, de 10 de abril:

“La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de manifestar que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no sólo deriva de ‘irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen la privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a ese mismo derecho fundamental (STC 7/1993), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuen-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

tra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4, núm. 2, apartado g) del Estatuto de los Trabajadores], mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo en su art. 5, apartado c), dispone que no podrá darse por terminada una relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente' (STC 54/1995, de 24 de febrero, FJ 3º, reiterando lo manifestado en la STC 14/1993, de 18 de enero)."

De otro lado, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 14 de noviembre de 2003**, I.L. J 2648, (recurso 877/2003), falla la nulidad de un despido, por vulneración del derecho fundamental a la Libertad de expresión, manifestado en la carta de despido de un trabajador. Razona la Sala que:

"En definitiva, como afirma el TSJ de Cataluña en sentencia de 4 de diciembre de 2001 (ED 68574) el envío de la carta debe entenderse como ejercicio legítimo del derecho a la crítica y manifestación del derecho recogido en el art. 20.1.a) de la CE a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones por escrito. El cual se ha ejercido sin emplear términos injuriosos ni insultantes para nadie, en un contexto general de respeto y ánimo constructivo, sin atentar tampoco contra los derechos fundamentales de terceros, lo que conlleva la desestimación del recurso."

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de noviembre de 2003**, I.L. J 2641 (recurso 1274/2003), estima la nulidad de un despido por causas discriminatorias, en el caso de una trabajadora afiliada a un sindicato que presentó su candidatura en las listas electorales municipales. 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 de la actora, pues no se entiende, en el caso contrario, las razones que han movido a la empresa a cesar a la actora para nombrar inmediatamente después a otra trabajadora para realizar las mismas funciones de encargado del servicio de limpieza que venía desempeñando la recurrente. 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 del TSJ del País Vasco, como las **SSTSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 2350 (recurso 1753/2003), **de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 2371 (recurso 1956/2003), y **de 14 de octubre de 2003**, I.L. J 2374 (recurso 1715/2003) revocan las sentencias de instancia y desestiman la nulidad de los despidos. Así, la **STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 2350 (recurso 1753/2003), desestima la nulidad del despido en un supuesto en el que no existen suficientes indicios de violación del derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva. No se ha logrado probar que el actor sufriese represalia tras sus reclamaciones judiciales, es más, le ha sido renovado el contrato con posterioridad a las mismas. Razona la Sala:

"En el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, no consta la alegación por parte del demandante de ningún móvil discrimina-

torio o de haberse producido su despido con violación de derechos fundamentales, De haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental, debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta en el supuesto enjuiciado.”

Asimismo, la **STSJ del País Vasco de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 2371 (recurso 1956/2003), desestima la nulidad del despido en un supuesto en el que no es logrado probar por el trabajador el móvil discriminatorio por razón de la edad como motivo extintivo de la relación laboral. El actor fue contratado por la empresa dos años antes del despido y no ha despedido a trabajadores de similar edad. La causa en que se funda la empresa consiste en que el trabajador no llegó a los objetivos marcados. Finalmente, la **STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2003**, I.L. J 2374 (recurso 1715/2003), desestima la nulidad del despido en un caso en el que la decisión extintiva de la empresa vino motivada por causas diferentes a la presentación, por el trabajador, como candidato a las elecciones sindicales, debido a que ésta desconocía, con anterioridad a la fecha del despido, la candidatura del demandante.

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) Régimen interno de los sindicatos.

B) Secciones y delegados sindicales. C) Proceso de tutela de la libertad sindical.

2. Representación unitaria de los trabajadores. A) Proceso electoral. B) Órganos de representación, participación y negociación colectiva. C) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores. D) Crédito horario. E) Asamblea de trabajadores.

3. Conflictos colectivos. A) Proceso de conflicto colectivo: delimitación y ámbito de aplicación. B) Proceso de conflicto colectivo: otras cuestiones procesales. **4. Derecho de huelga.** A) Huelgas abusivas e ilegales. B) Servicios mínimos. C) Sustitución de trabajadores. D) Descuentos salariales.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica da cuenta de las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2004 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 2187 a J 2761).

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Régimen interno de los sindicatos

La compleja organización de los sindicatos, en la que se entrecruzan elementos o unidades sectoriales y territoriales con órganos de decisión que no siempre tienen criterios coincidentes, trae consigo una rica práctica de ordenación interna y actuación que en ocasiones plantea interesantes cuestiones y problemas ante la jurisdicción. En el período de referencia dos sentencias se ocupan de cuestiones de esta índole, la STS de 22 de diciembre de 2003, I.L. J 2270, y la STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2003, I.L. J 2195, en la que se aborda igualmente la competencia jurisdiccional material y funcional, en relación con un sindicato de funcionarios.

La primera de ellas, la **STS de 22 de diciembre de 2003**, I.L. J 2270, declara la nulidad de los acuerdos adoptados por el Congreso extraordinario del sindicato USO-Galicia, celebrado el 6 de abril de 2002, en los que se decide la disolución del referido sindicato y su integración en la Unión Sindical de Trabajadores de Galicia, como consecuencia de la irregular elección de los delegados de las distintas Uniones Comarcales y Federaciones Nacionales, toda vez que se incumplieron las reglas correspondientes de los Estatutos sindicales y las normas y principios democráticos de actuación sindical [arts. 2.1.c) y 4.2.c) LOLS], al no convocarse asambleas en todas las uniones o federaciones del sindicato con el objeto de designar a sus delegados en el debatido Congreso extraordinario.

Por otro lado, también tiene interés el pronunciamiento inicial de la Sala, sobre la alegada *caducidad de la acción* de impugnación de los acuerdos cuestionados, en el sentido de que el plazo de caducidad no se computa desde la fecha de la celebración del Congreso extraordinario, sino desde la fecha de publicación oficial de tales acuerdos, toda vez que en aquel momento los actores (ejecutiva confederal de USO, respecto de cuyos integrantes no consta su presencia en el Congreso ni la notificación de los acuerdos) sólo tenían conocimiento de la celebración del Congreso extraordinario, de la forma de su convocatoria y de que se procedió a la adopción de unos acuerdos que no tenían nada que ver con el orden del día prefijado, lo que no supone un conocimiento concreto y fehaciente del contenido de los acuerdos, que sólo queda acreditado en la fecha de la publicación en el Diario Oficial de Galicia, el 6 de junio de 2002, en la que se precisa expresamente “que la publicación se hace a los efectos de que cualquiera que acredite un interés directo, personal y legítimo, pueda promover ante la Autoridad Judicial la declaración de no conformidad a derecho de los acuerdos adoptados”.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2003**, I.L. J 2195, declara la competencia de la jurisdicción social para el conocimiento de una demanda en la que se cuestiona la validez de determinados acuerdos adoptados por el secretariado nacional de la Asociación sindical de profesores de enseñanza pública de Cataluña, con base en la pretendida irregularidad de su composición y de la convocatoria de sus miembros, conforme a los Estatutos sindicales, a pesar de tratarse de un sindicato de funcionarios, toda vez que el debate se refiere al “régimen jurídico específico de los Sindicatos en lo relativo a su funcionamiento interno y relaciones con sus afiliados” [art. 2.h) LPL] o a “la adecuación estatutaria del funcionamiento interno del Sindicato”, y no a una acción de tutela de la libertad sindical de los funcionarios públicos [art. 3.1.a) LPL]. No obstante, también declara la incompetencia funcional de la Sala, en favor de la del Juzgado de lo Social, por tratarse de una “cuestión litigiosa entre un afiliado sindical que ejerce un cargo representativo en el correspondiente sindicato y este propio Sindicato”, que, “en principio, carece de la repercusión colectiva que se exige en los asuntos de los que ha de conocer la Audiencia Nacional o, en su caso, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia” (STS de 21 de enero de 2002).

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

B) Secciones y delegados sindicales

Como se viene constatando en anteriores ocasiones, la Ley Orgánica de Libertad Sindical utiliza un concepto de delegados y secciones sindicales más estricto que el que con frecuencia se adopta en la realidad social y empresarial, exigiendo la concurrencia de determinados presupuestos para su constitución y para el reconocimiento en su favor de un conjunto de derechos y garantías legales que, en principio, no se reconoce a otras fórmulas organizativas o de representación sindical en las empresas que no cumplen con tales presupuestos o requisitos.

En relación con los *delegados sindicales* en sentido propio (art. 10 LOLS), designados, en su caso, por las secciones sindicales con presencia en los órganos de representación unitaria de empresas de más de 250 trabajadores, la **STSJ de Cantabria de 25 de febrero de 2003**, I.L. J 2462, recuerda su diferencia con los *portavoces, representantes o interlocutores* de otras secciones sindicales constituidas al amparo de la libertad organizativa de los sindicatos [art. 8.1.a) LOLS], que no tienen aquella condición legal ni los derechos derivados de la misma.

Respecto de las *secciones sindicales*, la **STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2003**, I.L. J 2372, reconoce el derecho de la sección sindical de una organización sin presencia en el comité de empresa y que no reúne la condición de más representativa (ESK) a un *tablón de anuncios*, con base en una previsión del Convenio colectivo en la que se predica tal derecho de todas las secciones sindicales, sin distinción (art. 43 del Convenio de la empresa Helados Miko, SA), lo que la Sala interpreta como una mejora del régimen legal, en el que el tablón de anuncios se reconoce a las secciones sindicales de las organizaciones más representativas o con presencia en el comité de empresa (art. 8.2 LOLS), sin que obste a ello la remisión general al régimen legal de las secciones sindicales que también se contempla en otro precepto del Convenio (art. 45), que se estima restringida a los aspectos a los que el Convenio no da una respuesta específica.

C) Proceso de tutela de la libertad sindical

En el marco del proceso de tutela de la libertad sindical suelen suscitarse y entrelazarse variadas y complejas cuestiones, tanto sustantivas, dada la heterogeneidad de actuaciones que pueden afectar a los derechos de libertad sindical, como procesales, éstas seguramente más repetidas y típicas, como paradigmáticamente ocurre con la distribución de la carga de la prueba o el alcance de la indemnización derivada de su vulneración. En este amplio conjunto pueden incluirse en el período de referencia la **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de mayo de 2003**, I.L. J 2504, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de junio de 2003**, I.L. J 2445, la **STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2003**, I.L. J 2208, la **STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003**, I.L. J 2211, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de septiembre de 2003**, I.L. 2333, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2003**, I.L. J 2368, y la **STJS de Cataluña de 26 de noviembre de 2003**, I.L. J 2693.

En el curioso supuesto de la **STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2003**, I.L. J 2208, se cuestiona la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical de varios tra-

bajadores afiliados al sindicato CGT, despedidos tras un expediente de regulación de empleo y el cierre de su anterior empresa, titular de la explotación de los cines de Mataró, al no ser contratados por la nueva empresa titular de la explotación de cines en esa ciudad, a pesar de la previsión establecida en el Convenio provincial sobre recolocación de desempleados del sector.

Tras reconocer la competencia de la jurisdicción social para el conocimiento de la pretensión de tutela de la libertad sindical planteada, a partir de la caracterización de la referida cláusula convencional de preferencia en el empleo o en la contratación, como precontrato de trabajo (SSTS de 9 de marzo de 1984 y 23 de mayo de 1988), la STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2003 desestima la demanda y revoca el pronunciamiento de la instancia, por entender que no se acreditó la existencia de una discriminación por motivos sindicales, a pesar de constar el rechazo de la empresa demandada a la contratación de los actores, entre otras razones, por su carácter beligerante y por las protestas públicas realizadas con ocasión de no haber recibido ofertas para su recolocación, toda vez que, “ausente una relación laboral entre las partes del proceso”, “la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares”, “sólo puede ser realizada con extraordinaria prudencia y precaución”, constando, además, que una de las ofertas de recolocación se había hecho a otra trabajadora de la anterior empresa también afiliada al sindicato.

Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003, I.L. J 2211, estima la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical de un trabajador, miembro del comité de empresa de una entidad bancaria, por el sindicato CGT, en una decisión empresarial de movilidad funcional (cambio de centro de trabajo en la misma localidad) adoptada durante un proceso de elecciones sindicales y con posible afectación de la unidad electoral, sin que se entienda suficiente para justificar la tacha de discriminación la simple y genérica alegación del *ius variandi* empresarial, una vez verificada la concurrencia de los referidos indicios de vulneración del derecho de libertad sindical, a los que se une la subsistencia del centro de trabajo de origen y la inexistencia de vacante en el centro de destino, durante tal proceso electoral, conforme a la doctrina constitucional sobre distribución de la carga de la prueba en los procesos de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (STC 94/1984, de 16 de octubre, 166/1988, de 26 de septiembre, 114/1989, de 22 de junio, 198/1996, de 3 de diciembre, 90/1997, de 6 de mayo, 87/1998, de 21 de abril, y 29/2000, de 31 de enero).

También en aplicación de la regla sobre distribución de la carga de la prueba en los procesos de tutela de la libertad sindical (art. 179.2 LPL), y ante la falta de indicios racionales de vulneración de este derecho o de discriminación por motivos sindicales, la STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de septiembre de 2003, I.L. J 2333, desestima la pretendida existencia de las lesiones del derecho de libertad sindical alegadas por el sindicato UGT frente a la empresa Eulen Seguridad, SA y el sindicato CSI-CSIF, en relación con el cumplimiento de las obligaciones empresariales de información a los representantes de los trabajadores, cuyo retraso ocasional no se entiende lesivo del derecho de libertad sindical; con la distribución de las horas extraordinarias en favor del sindicato demandado, con mayor implantación o filiación

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

en la empresa, lo que a juicio de la Sala explica la mayor realización de horas extras por parte de sus afiliados, respecto de los afiliados al sindicato actor; y con la supuesta connivencia entre las dos partes demandadas para la *revocación del mandato del comité de empresa*, por apreciarse la licitud de la voluntad revocatoria del sindicato demandado, sin que los defectos de convocatoria de una asamblea revocatoria impliquen la existencia de una lesión del derecho de libertad sindical, sino tan sólo la ineficacia del intento de revocación.

Igualmente en aplicación de la regla de distribución de la carga de la prueba en los procesos de tutela de la libertad sindical, vigente también cuando la misma se insta y articula en un *proceso de impugnación de despido*, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2003**, I.L. J 2368, confirma la nulidad del despido de un trabajador afiliado al sindicato CCOO y miembro de su sección sindical, justificado formalmente por la empresa en una disminución continuada y voluntaria del rendimiento, por concurrir indicios racionales de discriminación por motivos sindicales (condición de miembro de la sección sindical de CCOO, denuncias a la Inspección de Trabajo, quejas a la empresa y enfrentamientos con el encargado por incumplimientos en materia de jornadas, descansos y salud laboral, presentación como candidato a las elecciones sindicales en marcha,...), y, por contra, no haberse acreditado por la empresa la veracidad de la causa de despido alegada, teniendo en cuenta, además, la actitud de tolerancia previa por parte de la empresa.

Finalmente, en relación con la distribución de la carga de la prueba en el proceso de tutela de la libertad sindical, la **STJS de Cataluña de 26 de noviembre de 2003**, I.L. J 2693, estima la existencia de una lesión de este derecho fundamental, en un supuesto de *impago de una retribución discrecional* (“asignación voluntaria extraordinaria”) a dos miembros del comité de empresa y afiliados al sindicato CCOO, en el que la empresa demandada, una entidad bancaria, no compareció al acto del juicio pese a haber sido legalmente citada, por lo que no justificó que la no percepción de la retribución litigiosa se debiera a razones objetivas ajenas a la condición representativa y sindical de los actores.

Respecto de la *indemnización por lesión del derecho de libertad sindical* y en aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de aportación de parte de los elementos que apoyen y delimiten las pretensiones indemnizatorias en supuestos de lesión de derechos fundamentales, en orden a la determinación y cuantificación del daño y de la indemnización resarcitoria (SSTS de 22 de julio de 1996, 2 de febrero de 1998 y 28 de febrero de 2000), pese a haberse verificado suficientemente la existencia de una actuación empresarial antisindical, “reacia a la efectiva implantación y funcionamiento con plena libertad en el seno de la empresa de la central sindical USO, que se han traducido en amenazas de proceder al despido de los trabajadores afiliados al sindicato USO”, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de mayo de 2003**, I.L. J 2504, revoca la indemnización fijada en la instancia judicial, en cuantía de 3.000 euros, por “el deterioro de la imagen de la central sindical demandante y la posible afiliación de más trabajadores”, por estimar que tales afirmaciones “carecen de un soporte fáctico ya que el derecho vulnerado no guarda relación aparente con una afectación de la imagen del sindicato ni consta que la conducta empresarial haya repercutido realmente en un hipotético incremento del número de afiliados”.

Por último, en relación con el proceso de tutela de la libertad sindical, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de junio de 2003**, I.L. J 2445, estima que una negativa empresarial a la presencia en una comisión negociadora de un miembro de un comité de empresa en situación de excedencia forzosa por cargo sindical, no puede impugnarse por el miembro excluido a través del proceso de tutela de la libertad sindical, pues lo que se debate es un derecho de participación negociadora del comité de empresa, que no forma parte del derecho de libertad sindical, y no un derecho propio del representante excluido.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Proceso electoral

En el supuesto de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de mayo de 2003**, I.L. J 2529, se cuestiona la delimitación de los centros de trabajo de una empresa a efectos electorales (constitución de mesas y unidad de representación), en una compleja e interesante sucesión de procedimientos. Tras el preaviso sindical de elecciones, precisándose la existencia de cinco centros de trabajo en la empresa implicada, por ésta se notifica la constitución de cuatro mesas electorales en cuatro centros de trabajo, por haberse unificado dos de los centros aludidos en el preaviso sindical en uno solo. Por uno de los sindicatos promotores (CCOO) se solicita un procedimiento arbitral con el objeto de que determine si los centros cuestionados son dos o uno, estimándose por laudo arbitral la existencia de dos centros de trabajo. Por la empresa se impugna el laudo arbitral, y por sentencia judicial (de instancia y sin recurso, firme, por tanto) se anula, sin pronunciamiento de fondo, por entenderse que la cuestión planteada y resuelta no es propia del procedimiento arbitral, toda vez que es previa al proceso electoral en sentido propio, en la medida en que se está cuestionando la determinación de los centros de trabajo en los que van a constituirse las mesas electorales, antes de su efectiva constitución y, por tanto, del inicio del proceso electoral.

Mediante demanda de tutela de la libertad sindical, el citado sindicato promotor cuestiona judicialmente de nuevo la delimitación de los centros de trabajo a efectos electorales, alegando que la unificación empresarial de dos de los centros de trabajo constituye una limitación de la libertad sindical, al afectar a las unidades y órganos de representación y a su composición, teniendo en cuenta, además, que en el Convenio colectivo se refiere la existencia de cinco centros de trabajo, aun cuando tras su firma se ha procedido a crear otros centros, desapareciendo algunos de los anteriores. En instancia se desestima la demanda, previa estimación de la adecuación del procedimiento.

En suplicación, y desde el punto de vista procesal, la Sala estima la inadecuación del procedimiento, por entender, en contra de lo mantenido en la instancia y en el proceso judicial anterior, la procedencia de un arbitraje electoral, distinguiendo a tal efecto entre “proceso electoral” (art. 74.1 ET), efectivamente no iniciado hasta la constitución de las mesas, y “materia electoral” (art. 76 ET), precisando los conflictos sobre esta materia una trami-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

tación sumaria, urgente y de firmeza inmediata como la contemplada para el proceso arbitral y para el de impugnación de los laudos. No obstante, una vez que por sentencia judicial firme se ha declarado anteriormente la inadecuación del procedimiento arbitral para la resolución de la cuestión debatida y como consecuencia del efecto de cosa juzgada, la Sala reconoce la imposibilidad de declarar la nulidad de lo actuado y entra a resolver el fondo del debate.

Desde este punto de vista, sustantivo, la Sala estima que no se ha cuestionado ni se cuestiona el ajuste de la determinación empresarial del único centro de trabajo con la realidad de la existencia de “una única unidad productiva con organización específica” (arts. 1.5 ET y 5.1 RD 1844/1994, de 9 de septiembre), sino tan sólo la adecuación de tal determinación de la empresa con lo previsto en el Convenio colectivo, por lo que, “de existir infracción de preceptos jurídicos sustantivos, la improcedencia de la actuación empresarial devendría no de no constituir un solo centro de trabajo en la realidad sino de haberse infringido lo dispuesto en convenio colectivo, razón por la que resulta imposible afirmar que la actuación empresarial constituya un ataque a la libertad sindical, toda vez que la misma estaría sustentada en el hecho de haberse convertido en una unidad productiva con organización específica lo que antes eran dos, y es claro que la decisión empresarial unificadora basada en tal realidad (se repite, no cuestionada en el recurso) excluye todo acto atentatorio de la libertad sindical, con independencia de que haya existido o no infracción del convenio colectivo aplicable”.

B) Órganos de representación, participación y negociación colectiva

La delimitación de los contenidos normativos y obligacionales de los Convenios colectivos ha sido y es una materia ciertamente compleja y difusa, y no exenta de importancia práctica, particularmente en relación con la prórroga de aquéllos, y no de éstos, tras la denuncia del Convenio (art. 86.3 ET). Esta complejidad se agrava, por lo demás, cuando se trata de determinar la naturaleza, normativa u obligacional, de las comisiones previstas en Convenio, dada la pluralidad orgánica y funcional que éstas pueden asumir y la riqueza y diversidad con la que se vienen contemplando en la negociación colectiva, también extraestatutaria.

Todas estas perspectivas se entrecruzan en el conflicto colectivo resuelto por la **STS de 11 de diciembre de 2003**, I.L. J 2307, en la que, en el contexto de una sucesión entre un Convenio estatutario (artes gráficas) y uno extraestatutario, por un sindicato firmante de aquél, pero no de éste, se cuestiona su participación en las distintas comisiones paritarias previstas en ambos Convenios.

Partiendo del objeto y funciones de las distintas comisiones paritarias, y de su constitución en uno u otro de los Convenios concurrentes, la Sala reconoce el derecho del sindicato actor a participar en las comisiones con funciones normativas creadas en el primer Convenio, de carácter estatutario (Comisión mixta de interpretación y vigilancia del Convenio, Comisión de seguridad y salud en el trabajo, y Comisión técnica), toda vez que, conforme a sus funciones reguladoras, negociadoras o de garantía, sus reglas forman parte del contenido normativo del referido Convenio (SSTS de 20 de diciembre de 1995, 28 de octubre de 1997, 16 de junio de 1998, y 1 de diciembre de 2003, y SSTC 184/1991, de 30 de septiembre),

prorrogado tras su denuncia y tras la firma del segundo convenio, de carácter extraestatutario, que no afecta, por tanto, al anterior. Por el contrario, se desestima su derecho a participar en la Comisión de estudio del sector (de carácter técnico), por tratarse de una comisión con funciones meramente obligacionales (solicitud de subvenciones para la realización de estudios, vigilancia de los trabajos de estudio realizados por empresas consultoras, y sometimiento de los mismos a la Comisión mixta o negociadora), y en la Comisión de actualización del Convenio contemplada en el segundo, extraestatutario, que no suscribió.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 1 de diciembre de 2003**, I.L. J 2753, declarando que la regulación convencional de un comité intercentros, con funciones de representación, administración y seguimiento del Convenio, y de negociación colectiva, constituye una parte normativa del Convenio colectivo, por tratarse de estipulaciones orgánicas que crean estructuras estables de representación con funciones y competencias que se proyectan sobre los trabajadores y las empresas y sus derechos y obligaciones, conforme al criterio mantenido igualmente por las SSTs de 20 de diciembre de 1995, 28 de octubre de 1997 y 16 de junio de 1998.

También se plantea un interesante problema de participación sindical en comisiones creadas convencionalmente en el supuesto de la **STSJ del País Vasco de 18 de noviembre de 2003**, I.L. J 2702, en el que se cuestiona si la designación de los miembros de las comisiones permanente y de trabajo (social y económica) de un comité de empresa por acuerdo mayoritario de éste, con exclusión de determinados sindicatos presentes en el comité, supone una lesión de derecho de libertad sindical de éstos, teniendo en cuenta que hasta entonces tal designación se había realizado en términos proporcionales a la composición del comité de empresa, conforme a un reglamento de régimen interior de 1987, derogado en 1997 pero que seguía siendo utilizado hasta la designación debatida.

Tras cuestionar la diferencia entre comisiones negociadoras y comisiones técnicas, en el supuesto debatido social y económica, con funciones conectadas con la negociación, y permanente, como proyección del propio comité de empresa, con funciones más directamente negociales, la Sala estima que el criterio de composición de las debatidas comisiones puede ser tanto mayoritario (designación por acuerdo mayoritario del comité de empresa) como proporcional (respecto de la composición del comité de empresa), salvo en el caso de la comisión permanente, que, por tratarse de una proyección del propio comité, también debe reflejar su composición en términos proporcionales, pero no puede implicar la exclusión de sindicatos con mayor presencia que otros en el comité y la inclusión de éstos, a través de acuerdos que provoquen tal exclusión y que, en el caso debatido, contrarían el sistema de designación adoptado con anterioridad.

C) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores

La intensa sindicalización de la representación unitaria de los trabajadores en España conlleva que la tutela de la condición representativa y de los derechos derivados de la misma se articule con frecuencia a través del proceso de tutela de la libertad sindical, con

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

aplicación de las especiales reglas de garantía exigibles en el mismo, y, en particular, de las relativas a la distribución de la carga de la prueba (art. 179.2 LPL).

En este sentido, aplicando extensivamente la regla sobre distribución de la carga de la prueba en procesos de tutela de la libertad sindical, en relación con la inclusión en un expediente de regulación de empleo de un miembro de un comité de empresa sindicalizado, y en una interpretación también amplia de la prioridad en la permanencia de los representantes de los trabajadores en supuestos de despido por causas de empresa [arts. 51.7 y 68.b) ET], la STS de 6 de mayo de 2003, Sala Tercera, I.L. J 2497, estima que tal prioridad se dará no sólo respecto de los demás trabajadores de la misma categoría profesional que el representante, sino respecto de otros puestos para los que éste pueda resultar idóneo, en su caso tras la correspondiente decisión de movilidad. En este caso, el expediente de regulación de empleo supuso la extinción de todos los contratos indefinidos propios de la categoría del representante demandante (soldador oficial de tercera), lo que conllevó, en principio, su inclusión en el expediente de regulación de empleo cuya resolución impugnó. En estas circunstancias y aplicando la referida regla de distribución de la carga de la prueba, la Sala aprecia la existencia de indicios de vulneración de los derechos y garantías de representación del actor, constituidos por su beligerante actuación en la negociación de los despidos colectivos y por la contratación, tras la aprobación del expediente de regulación de empleo, de trabajadores temporales de su categoría, y reconoce la inexistencia de una prueba concreta y específica de la inidoneidad del actor para el desempeño de otros trabajos análogos a los de su categoría, más allá de la genérica referencia al despido de todos los trabajadores que formalmente tenían esa clasificación, que se estima insuficiente para desvirtuar los referidos indicios, por lo que se declara el derecho del actor a no ser incluido en el impugnado expediente de regulación de empleo.

Aplicando también la regla de distribución de la carga de la prueba establecida para los procesos de tutela del derecho de libertad sindical, pero con el resultado opuesto, la STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2003, I.L. J 2374, confirma la improcedencia del despido de un candidato a representante de los trabajadores y desestima la nulidad pretendida por el mismo, por apreciar una desconexión temporal entre su presentación como candidato a las elecciones y el despido, y por entender acreditado como motivo del despido la desobediencia del trabajador, toda vez que tal incumplimiento, tras una orden de la empresa, se produjo unos días antes del inicio del proceso electoral y de la presentación de candidaturas, y la intención del trabajador despedido de presentarse a las elecciones era desconocida para la empresa hasta ese momento.

También se cuestiona la calificación del despido de un representante de los trabajadores en el supuesto de la STSJ de Cantabria de 26 de febrero de 2003, I.L. J 2464, que declara la nulidad del despido de un trabajador, delegado de personal de la Cofradía de pescadores de Santander, afiliado al sindicato UGT, adoptado como consecuencia de una carta de denuncia de irregularidades cometidas por algunos representantes de la Cofradía. La declaración de nulidad del despido parte de la consideración de las libertades de expresión, información y sindical, en la medida en que el contenido de la referida carta de denuncia es razonablemente veraz, tiene interés informativo y relevancia pública, en cuanto que denuncia irregularidades cometidas en un servicio semipúblico, y el actor tiene la condición de representante

del personal en la empresa, lo que le hace conocedor privilegiado de tales irregularidades y le capacita para la denuncia de las mismas en defensa del interés general.

La indemnidad de los representantes de los trabajadores también se plantea en el supuesto de la **STSJ de Asturias de 26 de septiembre de 2003**, I.L. J 2608, aunque en este caso no se trate de un despido. Esta resolución desestima una pretendida existencia de *discriminación salarial* de un trabajador, miembro de comité de empresa, basada en una modificación de su retribución, por entender que tal revisión está desvinculada de su nombramiento como representante de los trabajadores (ambas situaciones distan en casi un año) y que se deriva de la modificación de la estructura salarial establecida en el nuevo Convenio colectivo sectorial, sin que, por lo demás, una desigualdad retributiva que no incida en causas de discriminación prohibidas suponga un trato discriminatorio contrario a los arts. 14 de la Constitución y 17 del Estatuto de los Trabajadores.

Por último, en relación con los *derechos de información de los representantes de los trabajadores*, en el supuesto de la **STS de 11 de diciembre de 2003**, I.L. J 2738, se cuestiona el alcance de la *obligación empresarial de informar* a los representantes de los trabajadores sobre la *jornada y las horas extraordinarias* (DA Tercera RD 1561/1995, de 21 de septiembre), y de entregarles la *copia básica de los contratos de trabajo* [arts. 8.3.a) y 64.1.2º ET]. Respecto de la primera cuestión, y conforme al criterio mantenido por la STS de 11 de marzo de 1999, la Sala estima que la obligación informativa establecida en la citada Disposición Adicional Tercera del Reglamento de jornadas especiales (RD 1561/1995) alcanza tan sólo a las horas extraordinarias efectivamente realizadas, y no a la jornada realizada por cada trabajador en todo caso; y en cuanto de la obligación de entrega de la copia básica de los contratos, se estima que la misma se refiere a una copia íntegra de cada contrato celebrado por escrito, salvo los de alta dirección, con la sola exclusión de los elementos o circunstancias expresamente previstos en el artículo 8.3.a) del ET (número de DNI, domicilio, estado civil, “y cualquier otro que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal”).

D) Crédito horario

En el supuesto de la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de julio de 2003**, I.L. J 2320, y en un proceso de tutela de la libertad sindical, se cuestiona la licitud de un oficio de un Ayuntamiento por el que se notifica a *dos representantes* de los trabajadores, ambas limpiadoras de un mismo centro escolar, que no pueden *disfrutar simultáneamente de su crédito horario* representativo, proponiéndose su disfrute alterno, tras haberse solicitado por aquéllas su ejercicio para el mismo día.

Tras estimarse la *falta de legitimación directa o principal del sindicato* al que pertenece la actora, por tratarse de una pretendida lesión individual del derecho de libertad sindical de ésta, con la consecuente desestimación del recurso interpuesto por aquella organización, al no haberse recurrido por la representante afectada (art. 175 LPL), la STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de julio de 2003, estima el recurso planteado por el ayuntamiento demandado, por entender que su decisión resulta razonable y lógica, y trata de “conciliar

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

los legítimos derechos de las trabajadoras a disponer del crédito de horas mensuales retribuidas que les correspondían en su calidad de delegadas sindicales con las necesidades del servicio de limpieza del colegio en que prestaban servicios, pues siendo las únicas trabajadoras que se encontraban destinadas a su limpieza es evidente que la misma no se podía efectuar si ambas disfrutaban simultáneamente el mismo día de su permiso por motivos sindicales”, teniendo en cuenta que “el derecho al disfrute del crédito horario por motivos sindicales no puede considerarse un derecho absoluto e incondicionado, sino que debe ejercerse conforme a las reglas de la buena fe y de la manera que resulte menos perjudicial para las necesidades organizativas de la empresa, debiendo siempre de intentar conciliarse, cuando ello resulte viable el derecho del trabajador a dicho disfrute con el menor menoscabo posible a las necesidades del servicio”.

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 2359, desestima la pretensión de un trabajador, miembro del comité de empresa y delegado sindical de CCOO en su empresa, de acumular los créditos horarios correspondientes a una y otra cualidad representativa, por entender que, conforme al art. 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, los delegados sindicales sólo dispondrán del crédito horario reconocido a los representantes unitarios de los trabajadores [art. 68.e) ET], cuando no tengan esta condición, “ya que del sentido literal resulta que dichos preceptos sólo amparan a aquellos representantes sindicales que carezcan de la condición del miembros del Comité de Empresa, en cuanto los que reúnen esa doble condición ya tienen dichas garantías reconocidas, como miembros del referido Comité, lo que excluye expresamente la posibilidad de que pueda acumularse el crédito horario en los supuestos de existir esa doble representación”.

Por último, la extensa **STSJ de Murcia de 22 de septiembre de 2003**, I.L. J 2472, estima la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical de un delegado del sindicato CCOO que es despedido por su empresa con base en el uso indebido de su crédito horario sindical, verificado a través del seguimiento por parte de un detective privado. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal valora el uso dado al crédito horario discutido, y la actividad de control del mismo ejecutada por orden de la empresa, partiendo del contexto de relaciones sindicales existentes en ésta, en el que concurre una constatada conflictividad y un manifiesto rechazo empresarial de la actividad sindical.

Respecto del crédito horario cuyo uso se estima indebido por la empresa, la Sala entiende que se trata de *horas sindicales por ficción*, esto es, horas de trabajo libradas y dedicadas a uso particular del actor, en compensación por horas de tiempo libre del mismo dedicadas a uso representativo o sindical, conforme a lo acordado por la organización sindical a la que pertenece aquél, por lo que, en aplicación de la presunción de regularidad en el uso del crédito horario, y dado que por la empresa no se cuestiona la referida finalidad compensatoria de las horas litigiosas, no se aprecia su utilización indebida. En cuanto al control empresarial del uso de tales horas, si bien no se estima inadecuado el medio utilizado (detective privado), sí se reconoce, por el contrario, la ilegitimidad antisindical de su objetivo, en el referido contexto de expreso rechazo empresarial de la actuación sindical. No obstante la estimación del derecho fundamental vulnerado, la Sala no reconoce la indemnización resarcitoria pretendida por ese motivo, por entender que no se acredita un daño adicional y concreto que justifique una indemnización complementaria a la de despido.

E) Asamblea de trabajadores

En el supuesto de la **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 2356, se plantean diversas cuestiones, tanto procesales, como sustantivas, en relación con la impugnación de una asamblea de trabajadores integrantes del *Fondo de acción social* de una empresa, convocada por el comité de empresa en un local ajeno a ésta.

Desde el punto de vista procesal se cuestiona la *legitimación pasiva* en el referido proceso de *impugnación de la asamblea*, teniendo en cuenta la pluralidad de órganos y trabajadores afectados (comité de empresa y su comisión permanente, y comité directivo del fondo de asistencia social y trabajadores integrados en el mismo) y su plural composición e integración. Sobre este particular, se desestima la excepción de falta de litisconsorcio pasivo opuesta por el comité de empresa demandado, toda vez que la acción se interpuso frente a éste, frente al comité directivo del fondo de asistencia social y frente a la empresa, sin que se entienda necesario extender la demanda a todos y cada uno de los miembros de uno y otro órganos de representación, ni a todos y cada uno de los trabajadores integrados en el repetido fondo asistencial, en la medida en que los referidos órganos asumen su representación y defensa.

Desde el punto de vista sustantivo, se cuestiona el lugar en el que se convoca la celebración de la asamblea, ajeno a la empresa (art. 78.1 ET), y la propia convocatoria, en relación con los trabajadores afectados, con base en la pretendida imposibilidad de asistencia de todos ellos y en la previsión legal sobre asambleas parciales (art. 77.2 ET).

En relación con la primera cuestión, la Sala estima que la previsión del art. 78.1 del Estatuto de los Trabajadores, sobre celebración de asambleas o reuniones de trabajadores en los locales de la empresa, constituye una prevención dirigida al empresario y una prioridad en cuanto al lugar de celebración de las asambleas, pero no un mandato absoluto para los trabajadores y sus representantes, por lo que la celebración de una *reunión en locales ajenos a la empresa* no vicia la asamblea ni su convocatoria ni provoca su nulidad.

Respecto de la *convocatoria* de los trabajadores y la eventual imposibilidad de asistencia como consecuencia del régimen de trabajo en la empresa, una vez que la asamblea se refiere a los trabajadores integrados en el fondo de asistencia social y no a toda la plantilla, y que no se ha probado la efectiva imposibilidad de asistencia de ninguno de ellos, la Sala estima su validez.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Proceso de conflicto colectivo: delimitación y ámbito de aplicación

Como viene siendo habitual, en el período de referencia también es destacable el número de resoluciones que delimitan a efectos procesales el conflicto colectivo respecto

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

del conflicto individual o plural, conformado, el primero, por un elemento subjetivo, constituido por la afectación de un grupo genérico y homogéneo de trabajadores, y por un elemento objetivo, constituido por la presencia de un interés indivisible respecto de tal grupo, como se sabe. Junto a ello, en el referido período también se adoptan dos interesantes sentencias en las que se cuestiona la adecuación del proceso de conflicto colectivo para la impugnación de un laudo arbitral y para instar determinados derechos de participación sindical.

En el primer grupo de resoluciones, la **STSJ de Madrid de 30 de junio de 2003**, I.L. J 2459, estima la *adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo* para instar la declaración de *homologación retributiva* del personal transferido del INEM a la Comunidad de Madrid con efectos desde la fecha de la transferencia (1 de enero de 2000), frente al acuerdo de homologación adoptado por la comisión paritaria del Convenio del personal laboral de dicha Comunidad, en el que se establecía una equiparación con efectos de 1 de abril de 2000, aun cuando la misma cuestión ya haya sido planteada a través de demandas individuales o plurales, toda vez que la pretensión afecta a un grupo genérico de trabajadores y versa sobre la aplicación e interpretación de un acto de carácter general (art. 151 LPL). Por otra parte, declara que las acciones de conflicto colectivo están también sometidas al plazo de prescripción general de un año (art. 59.1 ET), con independencia de que su base sea la impugnación de un acto contrario a Derecho.

Por el contrario, y tras afirmar la *legitimación de una Asociación profesional* para la defensa procesal de los intereses de sus asociados, la **STSJ de Navarra de 22 de septiembre de 2003**, I.L. J 2604, estima la *adecuación del proceso individual*, y la consecuente *inadecuación del proceso de conflicto colectivo*, en relación con una demanda de la Asociación española de Técnicos en Radiología en la que se pretende que se declare irregular la prestación de servicios de determinados ATS/DUE de un hospital, en el que no presta servicios ningún Técnico en Radiología, “exclusivamente en lo referido al ejercicio de funciones técnicas que impliquen la emisión de radiaciones ionizantes sobre los pacientes y demás procedimientos radiológicos de diagnóstico”, por no tratarse de una pretensión de naturaleza colectiva, ni instarse una declaración general sobre las normas aplicables, sino de “pretensiones claramente individualizadas, que se refieren a la situación regular o irregular de determinadas personas”.

Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003**, I.L. J 2695, también estima la *adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo* en relación con una demanda en la que se solicita la *regularización* desde determinada fecha de un *complemento personal* respecto de los trabajadores que lo vieron absorbido o compensado como consecuencia de un cambio de categoría profesional, toda vez que “El hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1992), y siempre que se dirija la controversia a demandar del órgano judicial una resolución, de carácter general y naturaleza declarativa, acorde con la afectación colectiva que motiva su interposición”.

Por otra parte, esta sentencia también contiene un interesante pronunciamiento en el que se desestima la prescripción de la acción alegada por la empresa demandada, teniendo en cuenta que el período a regularizar se inicia el 16 de marzo de 1999 y que la parte actora desistió expresamente de la petición del abono de las diferencias económicas resultantes, por lo que “lo que resta es una pretensión declarativa de derecho que subsiste mientras la empresa no lo reconozca y esté vigente el contrato de trabajo; o dicho de otra manera, la obligación de regularizar el señalado Complemento Personal es sin duda de tracto sucesivo y no único y por tanto la acción no está afectada por lo dispuesto en el número 2 del art. 59 del vigente Estatuto de los Trabajadores; debiendo esta Sala recordar a la recurrente —que solicita indicación de qué forma y manera puede ejecutarse el término ‘regularizar’— que no es misión de los Tribunales la de emitir consultas o informes, sino la de resolver los conflictos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la Constitución Española)”.

En relación con la impugnación judicial de un laudo arbitral, la STS de 10 de diciembre de 2003, I.L. J 2396, estima que la vía adecuada es la de impugnación del Convenio colectivo, dada la asimilación legal que se establece entre ambos actos en cuanto a su eficacia jurídica, tramitación e impugnación (art. 91 ET); sin que, por el contrario y conforme a la doctrina de la Sala (SSTS de 8 de julio de 1994 y 5 de diciembre de 1994), resulte adecuada o indistinta la elección de la modalidad procesal de conflicto colectivo, dadas sus sustanciales diferencias con el proceso de impugnación de Convenios colectivos, tanto por su respectivo objeto específico (“el proceso de conflicto colectivo de trabajo es el adecuado para declarar ‘cuál de varias opciones interpretativas’ sobre ‘el sentido de una disposición o cláusula’ es la más ajustada a derecho, pero no para la ‘invalidación o eliminación de una regla o precepto’”), como por las particulares reglas diferenciadas del proceso de impugnación de Convenios colectivos, ex arts. 162 y 163 de la LPL (contenido de la demanda, condición de parte del Ministerio Fiscal y publicación oficial de la sentencia).

Por último, la STS de 5 de diciembre de 2003, I.L. J 2736, declara que el procedimiento adecuado para instar la participación de una sección sindical en las elecciones a miembros de la comisión de control del plan de pensiones de la empresa Canal de Isabel II y para solicitar el censo electoral y los domicilios de sus componentes, es el proceso ordinario, sin que resulte adecuado a tal efecto el proceso electoral, por cuanto que no se trata de un proceso de elección de representantes de los trabajadores en la empresa, ni el proceso de conflicto colectivo, por cuestionarse un derecho individual y concreto de la sección sindical y no de un grupo genérico de trabajadores.

B) Proceso de conflicto colectivo: otras cuestiones procesales

La STSJ de Andalucía (Granada) de 29 de septiembre de 2003, I.L. J 2321, declara la nulidad de la resolución de instancia recurrida en suplicación, estimatoria de una demanda de impugnación de una modificación sustancial de condiciones de trabajo relativa al trabajo en domingos y festivos, interpuesta por una trabajadora de un supermercado, con reposición de las actuaciones al momento de presentarse la demanda, por encontrarse

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

recurrida en casación, y, por tanto, no ser firme, una sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional sobre impugnación de determinadas reglas del Convenio de grandes almacenes relativas al sistema de trabajo y remuneración, cuya validez condiciona el resultado del posterior procedimiento individual.

En este sentido y con cita en doctrina jurisprudencial y de suplicación precedente, la Sala declara que cuando el art. 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral “establece que la sentencia firme dictada en proceso de conflicto colectivo producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto, se está refiriendo al efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada puesto que lo ordenado en dicho precepto es que estas sentencias resolutorias de los procesos individuales deben aplicar los criterios decisorios establecidos por la sentencia de conflicto colectivo”, sin que se deduzca necesariamente del mismo “la existencia de litispendencia entre el proceso de conflicto colectivo y los conflictos individuales”, al no ser posible entender “que entre ellos concurren las tres identidades que exige el art. 1252 del Código Civil”; por lo que “no existiendo litispendencia entre estas clases de procesos, se ha de concluir que ‘el efecto que produce el proceso de conflicto colectivo, una vez que se interpone e inicia, sobre los procesos individuales, es el de suspender el trámite de los mismos hasta que adquiera firmeza la sentencia que ponga fin a aquél’”.

Por su parte, la **STSJ de Navarra de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 2603, estima que conforme al art. 152 de la Ley de Procedimiento Laboral, un miembro del comité de empresa, a título individual y en nombre propio, carece de *legitimación activa* para instar un *proceso de conflicto colectivo* en el que se impugna la invalidez de un acuerdo de empresa, correspondiendo la legitimación al comité de empresa, como órgano colectivo y colegiado, por decisión mayoritaria, y no a sus miembros individualmente considerados. En este caso el acuerdo impugnado había sido adoptado por la mayoría del comité de empresa y por la dirección de ésta, y el actor pertenecía a un sindicato no mayoritario en el comité, no teniendo, además, la condición de delegado sindical del mismo en la empresa.

4. DERECHO DE HUELGA

A) Huelgas abusivas e ilegales

Resulta llamativo en el período de referencia el relativamente elevado número de sentencias que resuelven cuestiones relacionadas con el derecho de huelga, en las que, por lo demás, se entremezclan cuestiones de muy diversa índole, como ocurre, especialmente, en el caso de la **STS de 23 de diciembre de 2003**, I.L. J 2418, y la **STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2003**, I.L. J 2375.

En el supuesto de la **STS de 23 de diciembre de 2003**, I.L. J 2418, y en el marco de un *proceso de tutela de los derechos fundamentales de huelga y libertad sindical*, con expresa declaración sobre el limitado alcance de su conocimiento, en relación con la vulneración alegada, se cuestiona el carácter lesivo del derecho de huelga de una comunicación empresarial publicada en los tablones de anuncios en la que se calificaba la huelga convocada por el sindicato CGT en la

empresa RENFE como abusiva e ilegal y se advertía de la posibilidad de adoptar sanciones disciplinarias contra los trabajadores que la secundasen.

En relación con el carácter abusivo e ilegal de la huelga, pretendido por la empresa teniendo en cuenta su convocatoria intermitente y en períodos punta de actividad (Semana Santa, uno de mayo, y en horas de mayor utilización del transporte ferroviario), aun cuando su seguimiento fue escaso y se fijaron los servicios mínimos teniendo en cuenta el carácter esencial para la comunidad del servicio prestado por la empresa afectada por el conflicto, la Sala estima que se alega extemporáneamente y a través de una vía inadecuada, toda vez que no se opuso tal circunstancia en la instancia judicial ante la Audiencia Nacional y tampoco se instó a través de la vía judicial oportuna la calificación de la huelga convocada como ilegal. Por otra parte, también se declara que la empresa no está facultada para la calificación de una huelga como ilegal, debiendo instarse a tal efecto, en su caso, la correspondiente demanda judicial, presumiéndose, además, que el ejercicio del derecho de huelga es lícito.

Respecto de la comunicación empresarial publicada en los tablones de anuncios en la que se calificaba la huelga como ilegal y se advertía de la posibilidad de que se adoptaran sanciones disciplinarias contra los trabajadores que la secundasen, la STS de 23 de diciembre de 2003 estima que se trata de una “inadecuada e impropia actuación empresarial” que conlleva una “intolerable intimidación y coacción que no puede ser amparada desde una perspectiva jurídico-constitucional” y que “va más allá de una simple expresión de una opinión o criterio de menor entidad”, teniendo en cuenta especialmente el momento en el que se produjo, esto es, con anterioridad al ejercicio del derecho, y los términos en los que se manifestó, en los que no sólo se califica la huelga como ilegal, lo que por sí mismo no constituiría un atentado de este derecho fundamental, a juicio de la Sala, sino que también se advierte de la posibilidad de adoptar sanciones frente a los trabajadores huelguistas.

Finalmente, la Sala también se pronuncia en relación con la indemnización fijada en instancia y cuestionada igualmente por la empresa en casación, declarándose que la determinación de la cuantía indemnizatoria le corresponde en principio y con carácter general al juzgador de instancia, en los términos que se deduzcan de los elementos probatorios aportados por las partes, sin que quepa impugnar la misma cuando se adopte razonadamente en ese grado del proceso.

Por su parte, en el supuesto de la STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2003, I.L. J 2375, se plantean diversas cuestiones de carácter procesal y sustantivo, en relación con una pretensión de tutela del derecho de huelga, instada frente a una actuación empresarial consistente en la contratación de trabajadores para la sustitución de los trabajadores en huelga y el mantenimiento de la actividad productiva.

Desde el punto de vista procesal, se cuestiona la legitimación tanto de los sindicatos como de los trabajadores en huelga, como titulares del derecho cuya lesión se pretende, y la de aquéllos, como eventuales coadyuvantes de éstos (art. 175 LPL), y las consecuencias

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

que una u otra posición y actuación conlleven en cuanto al resarcimiento del derecho fundamental afectado. Desde esta perspectiva, la Sala entiende que la acción ejercitada por el sindicato demandante lo es en su condición de titular del derecho de huelga pretendidamente vulnerado, y no en cuanto coadyuvante de los trabajadores que secundaron la huelga, que no actuaron como parte en el proceso, por lo que estima que el resarcimiento debe alcanzar a aquél y no a éstos.

Respecto de la cuestión sustantiva, la empresa demandada defiende la contratación de trabajadores para la sustitución de los huelguistas (esquirolaje externo) pretendiendo que la huelga era *novatoria e ilegal*, por tener como objeto la modificación de un pacto de empresa. Frente a ello, la STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2003 estima que la huelga “en ningún caso o momento se produce en y/o durante la negociación o en ataque frontal al convenio Colectivo vinculante, sino en modificación del Pacto de Empresa”, por lo que entiende que no se ha vulnerado el art. 11.c) del RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, y que la huelga es legal, de lo que se deriva la consideración de la cuestionada contratación de trabajadores para sustituir a los trabajadores huelguistas como lesiva del derecho de huelga (art. 6.5 RD-Ley 17/1977).

B) Servicios mínimos

En el supuesto de la **STS de 9 de diciembre de 2003**, I.L. J 2275, se plantea un complejo y casuista problema de aplicación e interpretación de una resolución de la Administración laboral por la que se establecen los servicios mínimos en la empresa “Televisión de Cataluña, SA” para una huelga intermitente convocada durante el período de elecciones autonómicas. Aparte de las cuestiones sustantivas y de fondo planteadas, vale la pena destacar que la demanda que da origen a las actuaciones culminadas en casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo es la tercera de la interpuestas con el mismo objeto por el comité de empresa demandante, tras intentarse sin éxito una demanda ante el Juzgado de lo Social y otra ante la Audiencia Nacional, en sendos procesos en los que se declaró la competencia funcional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por afectar el conflicto a centros de trabajo ubicados en esa Comunidad. También, que la orden en la que se fijan los servicios mínimos fue igualmente objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pendiente de resolución ante la Sala III del Tribunal Supremo, ciñéndose el debate en la Sala de lo social a la interpretación, aplicación y cumplimiento de tal orden por parte de la empresa demandada. Debe señalarse, por tanto, a este respecto, que la Administración fijó como servicios mínimos la “Emisión del 50 por ciento del tiempo habitual de informativos en la franja horaria de éstos”, y la “Emisión de los espacios gratuitos fijados por la Junta Electoral y emisión de la propaganda institucional electoral”, precisando igualmente la preferencia de los trabajadores no huelguistas para participar en tales servicios mínimos.

En estos términos y en un proceso de tutela de derechos fundamentales, por el comité de empresa actor se cuestiona la vulneración del derecho de huelga en una pluralidad de extremos en los que se concreta por la empresa la orden de servicios mínimos, referidos, en síntesis, al número de trabajadores designados, al desplazamiento horario de los informativos, a la imagen de normalidad emitida por la empresa, al contenido de los informativos, a la emisión de espacios publicitarios, al número de conductores o presentadores de los

informativos, a la convocatoria de todos los delegados de la empresa, a la conexión en directo con actuaciones de la campaña electoral, a la interpretación de la reducción del 50 por ciento de los informativos, y a la participación preferente de los trabajadores no huelguistas en la cobertura de los servicios mínimos.

Partiendo de la conocida doctrina constitucional y jurisprudencial sobre el contenido esencial del derecho de huelga, su delimitación respecto de los servicios esenciales para la comunidad, y el alcance de la actividad probatoria de su eventual vulneración (SSTC 11/1981, de 8 de abril, 26/1981, de 17 de julio, 123/1992, de 28 de septiembre, y 66/2002, de 21 de marzo, y SSTs de 16 de marzo de 1998 y 11 de mayo de 2001), en relación con los derechos de información intrínsecos a la actividad de la empresa afectada por el conflicto (*Televisión de Cataluña*), particularmente trascendentes en el período electoral en el que se convocó la huelga, la STS de 9 de diciembre de 2003 desestima la pretensión del comité de empresa recurrente en todos sus extremos.

Así, respecto del número de trabajadores designados para la cobertura de los servicios mínimos, se estima que no existe una desproporción manifiesta y desviada del alcance de la orden de la Administración laboral, en relación con los trabajadores de la plantilla destinados ordinariamente a la actividad reducida durante la huelga, lo que implica también, a juicio de la Sala, que tampoco exista vulneración del derecho de huelga por la atribución de los informativos a cuatro conductores (dos generalistas, uno para deportes y otro para el tiempo) y por la convocatoria de todos los delegados de la empresa.

En cuanto al desplazamiento horario de los informativos, toda vez que coincidían en algún caso con retransmisiones de fútbol, se estima que supone una condescendencia de la empresa, o una decisión amparada por su libertad de organización, al igual que la determinación del contenido de los informativos, no condicionado, además, por acuerdos adoptados sobre el particular en anteriores procesos de huelga.

En relación con la pretendida imagen de normalidad dada por la empresa, se estima, por una parte, que tal situación no se produce, en la medida en que se redujo la duración de los informativos en los términos establecidos en la orden de servicios mínimos, mencionándose, en algún caso, que tal reducción se derivaba de la huelga declarada, y, por otra parte, que tampoco se vulnera el derecho de huelga por intentar mantener en la medida de lo posible la normalidad en el desarrollo de la actividad empresarial.

Respecto de la emisión de espacios publicitarios, tampoco se estima que suponga una vulneración del derecho de huelga, toda vez que se cumplió con la reducción de la emisión establecida en la orden de servicios mínimos y que los espacios publicitarios constituyen un material ya grabado o “enlatado” para cuya emisión sólo se precisa “pulsar un botón”, sin apenas dedicación del personal de la empresa en huelga.

Mayor relevancia tienen, seguramente, los pronunciamientos relativos a la pretendida vulneración del derecho de huelga causada por la conexión en directo con actuaciones

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de la campaña electoral, por la interpretación de la reducción del 50 por ciento de los informativos, y por la participación preferente de los trabajadores no huelguistas en la cobertura de los servicios mínimos.

En relación con la primera actuación empresarial, se estima que “la importancia informativa de una campaña electoral en el marco de una Comunidad Autónoma como Cataluña, es algo que intensifica el derecho fundamental para recibir información por parte de la ciudadanía”, reputándose las discutidas conexiones como “un claro servicio esencial para la comunidad de ciudadanos afectada”, que, por lo demás, cumplieron con las limitaciones establecidas en la orden de servicios mínimos.

En cuanto a la interpretación de la impuesta por la autoridad laboral en la orden de reducción del 50 por ciento de los informativos servicios mínimos, se estima que la aplicación realizada por la empresa, mediante la íntegra supresión de dos de los tres informativos incluidos en la programación normal de la cadena, con mantenimiento tan sólo de uno de ellos, también íntegramente, no supuso un incumplimiento de la referida orden y tampoco una vulneración del derecho de huelga.

Por último, respecto de la participación preferente de los trabajadores no huelguistas en la cobertura de los servicios mínimos, tal y como se dispuso en la orden de servicios mínimos, la STS de 9 de diciembre de 2003 parte de que tal precisión no se hizo en términos imperativos, y de que, aceptando que no se cumplió tal preferencia, no se produce no obstante la lesión del derecho de huelga pretendida, toda vez que tal actuación u omisión no tuvo la entidad suficiente, ni resultó arbitraria, injustificada o contraria a la Ley.

C) Sustitución de trabajadores

Como una situación curiosa, probablemente cercana e intermedia entre el denominado esquirolaje externo (contratación de trabajadores para la sustitución de los huelguistas) y el interno (movilidad y sustitución de trabajadores no huelguistas para la sustitución de los trabajadores en huelga), en el supuesto de la **STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de junio de 2003**, I.L. J 2438, se cuestiona si el mantenimiento, aun limitado, de la actividad de distribución de aguas y riego por parte de los miembros de la junta directiva de una comunidad de regantes y de los agricultores destinatarios del servicio, junto con el único de los trabajadores encargados de esa tarea que no secundó la huelga, constituye un acto lesivo de este derecho fundamental, ejercido por la totalidad de la plantilla de la referida comunidad de regantes.

Una vez que no se trata de un supuesto de esquirolaje, ni externo ni interno, prohibidos legalmente (art. 6.5 RD-Ley 17/1977, de 4 de marzo, y STC 123/1992, de 28 de septiembre), la Sala estima que no se ha producido la alegada vulneración del derecho de huelga, teniendo en cuenta, además, que nada le impide a la empresa “usar los medios técnicos de los que normalmente dispone (...) para atenuar las consecuencias de la huelga, ni mucho menos aportar su propio trabajo y esfuerzo para conseguir que, en lo posible, el proceso productivo, cualquiera que sea la naturaleza del mismo, se mantenga”, sin que con tal proceder “se vulnera el derecho de huelga, ya que los trabajadores parti-

cipantes en ella sólo tienen garantizado que la realización de los paros no va a provocar sanción alguna, pero nada les garantiza el éxito de la huelga, ni el conseguir el cese de la actividad empresarial”.

D) Descuentos salariales

En el supuesto de la **STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2003**, I.L. J 2573, se cuestiona la validez de una decisión empresarial de revertir un excedente de primas de asistencia sólo respecto de los trabajadores que no secundaron la huelga general del 20 de junio de 2002. El Convenio colectivo aplicable en la empresa demandada contemplaba un régimen de retribución por primas de asistencia, para cuya determinación no se preveía expresamente nada en relación con las ausencias derivadas de la participación en huelga, conforme al cual, los excedentes de primas no abonados en su período de liquidación, debían ser revertidos a los trabajadores beneficiarios de las primas, en proporción a la prima de asistencia percibida, especificándose que la reversión no sería obligatoria para la empresa en supuestos de huelga.

Con carácter previo, la Sala se plantea la *legitimación activa del sindicato actor* (UGT), teniendo en cuenta que en el proceso de tutela de derechos fundamentales instado entran en juego intereses propios del sindicato demandante y de los trabajadores de la empresa demandada, afiliados o no al mismo. Desde esta perspectiva y considerando las distintas posibilidades de intervención procesal del sindicato, como legitimado directamente o como coadyuvante (art. 175.1 y 2 LPL), se concluye que el sindicato actor no puede intervenir en representación de los trabajadores huelguistas afectados por la decisión empresarial impugnada no afiliados al mismo, cuya legitimación no puede verse sustituida.

Respecto de la cuestión de fondo, la Sala estima que las ausencias al trabajo derivadas de la participación en huelga no se computan para determinar el *absentismo*, no afectando, por tanto, al devengo de la prima de asistencia, toda vez que la regulación convencional nada precisa al respecto, por lo que, a falta de tal previsión, la regla debe interpretarse del modo más favorable al desenvolvimiento del derecho fundamental. Con este presupuesto, y una vez que la propia regulación convencional permite a la empresa que no revierta los excedentes de primas de asistencia en caso de huelga, la STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2003 concluye que la empresa podría no haber revertido los excedentes respecto de ningún trabajador, pero no, como hizo, revertir tan sólo en favor de los no huelguistas, lo que, a juicio de la Sala y en los términos indicados, constituye una actuación discriminatoria y lesiva del derecho de huelga.

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (coordinadora)

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Sumario:

1. Introducción. 2. Legitimación para negociar. 3. Contenido “normativo”.

4. Ámbito funcional. 5. Ámbito personal. 6. Convenios colectivos “extraestatutarios”.

7. Administración del convenio colectivo. A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales.

1. INTRODUCCIÓN

Se reseñan en los siguientes apartados las sentencias más interesantes en materia de negociación colectiva publicadas en los números 13, 14, 15 y 16 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, Lex Nova, 2003, en los que puede consultarse el texto íntegro de aquéllas. En esta ocasión, no son muchas ni novedosas en cuanto a las cuestiones abordadas, como tampoco son originales las soluciones a que llegan, pues éstas responden a pautas jurisprudenciales anteriores.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Tratándose de la impugnación del convenio colectivo *ya concluido* por apreciarse falta de legitimación en alguno de los sujetos negociadores, quien mantenga ésta es el que debe probar su realidad. Tal criterio, que cuenta con el refrendo de reiteradas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 27 de abril y 25 de julio de 2000 (I.L. J 665 y 1614), es seguido por la **STSJ de Extremadura de 21 de octubre de 2003**, I.L. J 2581, para desestimar la pretensión de impugnación de quien no acredita la expresada falta de legitimación:

“Es la asociación demandante, que pretende la ilegalidad parcial del convenio, la que tiene que probar suficientemente los hechos que determinan esa ilegalidad, en este caso, la falta de representatividad respecto de los comerciantes de óptica de la parte patronal que lo negoció y firmó, para lo que debió acreditar que (...) dentro de la asociación demandada no existía la suficiente representación de aquellos comerciantes para la negociación y firma de un convenio colectivo según el Estatuto de los Trabajadores, pero nada de eso consta en el relato fáctico de la sentencia recurrida, por lo que, correspondiendo a la demandante la carga de probarlo, el juzgador de instancia acertó al desestimar su demanda.”

Igual seguimiento se aprecia en STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2003, I.L. J 2628, también con cita de otras sentencias del Tribunal Supremo.

3. CONTENIDO “NORMATIVO”

Sobre el carácter normativo de las cláusulas convencionales que disponen la constitución y funciones de determinadas comisiones, entre ellas la paritaria, STS de 11 de diciembre de 2003, I.L. J 2307. Tal carácter supone, lógicamente, que las correspondientes cláusulas queden afectadas, salvo pacto en contrario, por la ultraactividad del convenio que las incorpore.

Igual carácter corresponde a las cláusulas del convenio que regulan la creación y las competencias del comité intercentros. De acuerdo con la STS de 1 de diciembre de 2003, I.L. J 2753, la inclusión de tales cláusulas dentro del contenido normativo del convenio deriva de que: “1) regulan materias directamente conectadas con los derechos colectivos de los trabajadores, como son los concernientes a la creación y existencia de un órgano de representación en el seno de la empresa con unas concretas competencias y atribuciones, que se proyectan sobre los trabajadores y empresa; 2) se trata por ello de normas orgánicas que configuran estructuras estables para la gestión de las funciones que expresamente se les conceda en el convenio colectivo en que se acuerda su creación; [y] 3) estas estructuras estables (comité intercentros) son órganos representativos y colegiados del conjunto de los trabajadores, en cuanto a las funciones expresamente concedidas, aunque de representación de segundo grado”. Pero además, en el caso de autos, el carácter normativo de las cláusulas en cuestión “también aparece en la propia voluntad de los negociadores del convenio, al atribuir éste al comité intercentros, entre otras atribuciones, “no sólo la facultad de seguimiento ‘del actual convenio colectivo’, sino también ‘de la negociación del próximo’”, así como cuando establece que “‘el comité intercentros es el órgano responsable de la negociación colectiva con la empresa, de solicitar la declaración de conflicto colectivo si fuera necesario y de proponer a los trabajadores las medidas oportunas para llevar a buen término las negociaciones, sin perjuicio de los derechos reconocidos a las secciones sindicales’, pues esta facultad de negociar sólo cabe si la cláusula tiene carácter normativo”.

4. ÁMBITO FUNCIONAL

Del convenio colectivo nacional de residencias privadas de la tercera edad (1997-1999). “Queda meridianamente claro”, en su art. 1, que “el ámbito de aplicación de dicho convenio se extiende a todo tipo de residencias de la tercera edad, excluyendo tan sólo aquellos establecimientos de naturaleza estrictamente sanitaria cuya actividad principal es de carácter hospitalario, pero sin excluir las residencias asistidas, ni, por supuesto, aquellas en las que se ofrecen a los residentes la asistencia sanitaria como consecuencia de los problemas propios de su edad” (STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2003, I.L. J 2227).

5. ÁMBITO PERSONAL

Con carácter general, la exclusión de un determinado grupo de trabajadores del convenio colectivo, autorizada por éste, debe obedecer o responder a su sujeción a una regulación más ventajosa. No es eso lo que sucede cuando a los afectados se les abona un salario inferior al que establece el convenio para los trabajadores de igual categoría que permanecen incluidos en él, sin constancia de contrapartidas que compensen adecuadamente semejante situación. Así las cosas, la exclusión no puede impedir la aplicación del salario fijado por el convenio. Tal es la línea argumental que se descubre en la **STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2003**, I.L. J 2338.

6. CONVENIOS COLECTIVOS “EXTRAESTATUTARIOS”

El derecho a participar en las comisiones creadas por un convenio extraestatutario no se extiende al sindicato que no lo haya suscrito. Así, **STS de 11 de diciembre de 2003**, I.L. J 2307:

“La demandante, sin adhesión previa al convenio de eficacia limitada, carece del derecho a formar parte de ‘la comisión de actualización del convenio’, pues la misma ha de discurrir dentro de los estrictos límites del convenio extraestatutario de eficacia limitada.”

7. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

La eficacia que corresponde, con carácter general, a sus acuerdos interpretativos es apuntada por la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de mayo de 2003**, I.L. J 2528, que señala que “tienen el mismo valor que el texto” del convenio interpretado, “sin perjuicio de que los afectados, es decir, la empresa y trabajadores, puedan recurrir la resolución ante la jurisdicción competente en defensa de sus intereses (...) lo que significa, no obstante el valor de los acuerdos de la comisión mixta, que los mismos no son vinculantes o definitivos”.

B) Por los Tribunales laborales

Sobre la interpretación del convenio colectivo de acuerdo con las reglas que rigen tanto la interpretación de las leyes (art. 3 Código Civil) como de los contratos (arts. 1281 y siguientes Código Civil), así como sobre la aplicación de la regla del art. 1282 Código Civil (intención de los contratantes) sólo cuando los términos empleados no sean claros, **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de julio de 2003**, I.L. J 2319.

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

1. Fuentes. 2. Campo de aplicación. 3. Encuadramiento. 4. Gestión. 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. A) Concepto de accidente. 9. Régimen económico, responsabilidad y garantías de las prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. A) Dinámica de la prestación. B) La incapacidad temporal en regímenes especiales. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de seguridad social. A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social. B) Litisconsorcio pasivo necesario.

1. FUENTES

No hay jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No hay jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

Según la STS de 9 de diciembre de 2003, I.L. J 2261, a pesar de que durante el período de tiempo enjuiciado el agente de seguros no produjera nuevos seguros, sí que ejerció de forma continuada y estable, percibiendo la correspondiente retribución, una actividad de mediación mercantil consistente en la realización de actividades propias de la fase posterior a la suscripción de la póliza entre la Compañía de seguros y el asegurado, lo que impone la necesaria obligación de afiliación y alta en el RETA. Así, la circunstancia de no producir nuevos seguros no priva al Agente de seguros de dicha condición, estando obligado a una serie de actividades propias del desarrollo de la relación jurídica de aseguramiento, percibiendo una retribución por ello, y por lo tanto debe estar de alta en el RETA.

4. GESTIÓN

La devolución del capital coste renta a la Mutua de Accidentes de Trabajo debe hacerse en la fase de ejecución de la sentencia que reconoce el reintegro de las cantidades abonadas

por anticipo. La STS de 26 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2411, reitera la doctrina citada en unificación y da la razón a la Mutua de Accidentes. En el supuesto, a la Mutua demandante se le había reconocido en instancia el derecho al reintegro del capital coste dado que el siniestro que originó el accidente de trabajo se había producido en un momento en el que la cobertura de los riesgos profesionales de la empresa correspondía al INSS y no a la Mutua de Accidentes de Trabajo. Sin embargo, la reclamación de la Mutua de la devolución de las cantidades por la vía de la ejecución de la sentencia firme fue denegada por la Sala de suplicación que entendió que el procedimiento procesal adecuado era un nuevo proceso ordinario.

El TS rechaza la doctrina anterior y confirma, entre otras, las STSS de 10 de abril y 20 de julio de 1990, de 3 de noviembre de 1999 y más recientemente la de 26 de diciembre de 2002. En atención a tal doctrina se clarifica que la vía para canalizar la devolución total o parcial del capital coste de renta que deben constituir las Mutuas de Accidentes de Trabajo responsables del abono de prestaciones, es la ejecución de la sentencia en la que se atribuye a la Mutua Patronal título para tal devolución o reintegro. Este cauce sigue una clara lógica procesal pues “la sentencia que reconoce el derecho al reintegro de las cantidades abonadas por anticipado al beneficiario es una sentencia de condena que resuelve una cuestión inescindible del pleito en el que recayó la sentencia que modificó la situación de la prestación”. Por tanto, la devolución de tales cantidades tiene carácter de incidencia y no puede ser encauzada por un posterior proceso declarativo.

5. FINANCIACIÓN

No hay jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

No hay jurisprudencia en la materia.

7. RECAUDACIÓN

En las SSTs de 23 de noviembre y de 10 de diciembre de 2003, I.L. J 2412 y 2757, se vuelve a tratar el tema del plazo de prescripción del reintegro de prestaciones indebidas, recordándose que la doctrina jurisprudencial de la equidad continúa siendo de aplicación pero tan sólo para aquellas prestaciones percibidas hasta diciembre de 1997.

Por su parte, la STSJ de Valencia de 11 de abril de 2003, I.L. J 2479, determina que el plazo de prescripción es de tres meses, de acuerdo con el principio de congruencia, en aplicación de la doctrina de la equidad, aún cuando considera que los actores (herederos del beneficiario) no debieran estar obligados a satisfacer dicha deuda. Y ello en tanto que

la obligación se dirige a unos sujetos que no recibieron pago alguno, debido o indebido, y que son ajenos a la relación de Seguridad Social entre causante e INSS, quienes además no han aceptado, tácita o expresamente, la herencia.

Según la **STS de 29 de octubre de 2003**, I.L. J 2719, en un supuesto de subsidio asistencial de desempleo, el incumplimiento de la obligación de comunicar los cambios en la situación económica del beneficiario no tienen por qué conllevar la devolución de la prestación, puesto que dicha omisión no tiene trascendencia a efectos de su suspensión o extinción.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La **STS de 9 de diciembre de 2003**, I.L. J 2754, desestima la pretensión del trabajador para que se declare como accidente de trabajo el sufrido en su domicilio, ya que el fallecimiento no acaeció en el lugar de trabajo, por lo que no se darían todos los requisitos de la presunción. Aunque se entendiese que durante las guardias de localización el médico está sometido a las decisiones de disponibilidad de la empresa, es evidente que no concurre el segundo condicionante del accidente de trabajo —esto es, el lugar de trabajo, que sólo lo es el espacio físico en donde se desarrolla la actividad profesional con presencia y disponibilidad plena—. Precisamente la **STS de 8 de octubre de 2003** concluye que “la exclusión de las guardias del cómputo de la jornada puede realizarse cuando se trata de tiempo de guardias de localización o mixtas en la fracción que no tiene consideración de trabajo efectivo, ni de presencia en el centro de trabajo”.

La **STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2231, concluye que existe accidente de trabajo, a pesar de que el trabajador condujera bajo los efectos del alcohol, puesto que para que una determinada actuación se tome como imprudencia temeraria a efectos de excluir la cobertura del riesgo de accidentes de trabajo, es necesario que se trate de una imprudencia de tal gravedad que notoriamente revele la ausencia de la más elemental precaución, sometiéndose el trabajador de forma inmotivada, caprichosa y consciente a un peligro cierto, tal como señaló la **STS de 10 de mayo de 1998**. La mera conducción bajo los efectos del alcohol puede ser demostrativa de una imprudencia simple, pero no necesariamente temeraria. En el mismo sentido, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 13 de mayo de 2003**, I.L. J 2523, señala que la embriaguez no fue la causa directa del accidente, porque cuando se produjo el mismo el trabajador circulaba por un trazado con importantes y tortuosas curvas, incidiendo los rayos solares frente al conductor.

Según la **STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 2223, no queda acreditado que se haya producido un accidente de trabajo, ya que el trabajador llevaba 10 años padeciendo un cuadro de síncope vasovagales, de etiología común y sin ninguna relación con el trabajo (no habría relación entre dicha dolencia y el trabajo que el actor desempeña en el sector de la construcción). Tampoco queda acreditado que la patología

se haya visto agravada por lesiones producidas en el trabajo, por lo que tampoco es aplicable al caso lo dispuesto en el art. 115.2.f) LGSS.

Para la **STSJ de Andalucía (Granada) de 6 de mayo de 2003**, I.L. J 2502, no es óbice para la consideración de accidente de trabajo la existencia de antecedentes cardiovasculares. Por tanto, el nexo causal entre el trabajo y el infarto no puede ser descartable. Es más, parece evidente la influencia decisiva de la prestación de servicios y el desencadenamiento del episodio coronario, que se inició en el centro de trabajo y durante la jornada laboral del trabajador, aunque el diagnóstico se llevase a cabo 14 horas después (encontrándose en su domicilio), por lo que debe entrar en juego la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍAS DE LAS PRESTACIONES

Un supuesto de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en un caso de contrata es examinado por la **STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003**, I.L. J2204. Para este Tribunal no es posible examinar de responsabilidad a la empresa que contrató al trabajador por cuanto aun siendo ésta la empresa a la que presta sus servicios y le remunera, también es la empresa *deudora de seguridad* para con sus trabajadores, aunque dicha prestación de servicios se efectúe en el centro de trabajo de la empresa principal. Pues la empresa que contrata al trabajador está obligada a vigilar que el trabajo se realice en debidas condiciones de seguridad e higiene, para garantizar la salud laboral y la integridad física de sus trabajadores como obligación contractual.

Por otro lado, la empresa principal es también responsable solidaria, pese a que el accidente tuvo lugar durante la ejecución de una contrata que no se corresponde con su propia actividad, y ello porque según el art. 93 LGSS la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas del cumplimiento de las obligaciones que imponga la normativa respecto a los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal. Por consiguiente, lo decisivo es que el trabajo se desarrolle bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centro de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta. Y el hecho de que el accidente se produzca dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina en caso de incumplimiento la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño causado, pues no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control.

La **STS de 12 de septiembre de 2003**, I.L. J2235, examina un supuesto de responsabilidad empresarial en el que la empresa ha incumplido sus deberes de cotización con respecto a un trabajador que se encontraba en situación de alta. Concretamente, la empresa incurre

en infracotización unos meses, regularizando *a posteriori* las diferencias de cotización mediante declaraciones complementarias con el recargo correspondiente. Por este motivo el Tribunal entiende que no se está ante un supuesto en que haya una voluntad de incumplimiento rupturista de las obligaciones de seguridad social, sino meramente ante una situación esporádica y circunstancial de la que no se deriva responsabilidad empresarial.

Para la STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2003, I.L. J2634, es indiscutible el principio que contempla el art.123 LGSS conforme al cual cualquier empresario, sea cual sea su actividad y naturaleza jurídica, tiene la obligación de cumplir con la normativa general en materia de prevención de riesgos laborales. Dicha normativa establece un deber genérico del empresario de proteger la salud, seguridad, integridad e higiene de sus trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Y dicho deber de protección tiene un contenido claramente preventivo y “previsor”, que exige al empresario no sólo dotar a los trabajadores de las medidas de previsión individuales necesarias y a los equipos y lugares de trabajo de los dispositivos de seguridad disponibles, sino también de la formación e información necesaria para hacer frente a los riesgos del trabajo con una mínima pericia y eficacia que evite las consecuencias dañosas derivadas del mismo. Por lo que si dicha formación no se da al trabajador el empresario incurre en negligencia y resulta responsable en caso de accidente de trabajo pudiendo ser además sancionado con un recargo sobre la prestación.

10. ASISTENCIA SANITARIA

No hay jurisprudencia en la materia.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

Según la STS de 11 de diciembre de 2003, I.L. J 2292, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, ante la cuestión de si es la empresa la que está obligada a reintegrar al INSS el importe de las deducciones practicadas al trabajador por el pago de la incapacidad temporal, o si es éste quien debe devolver lo percibido indebidamente, señala que el empresario no tiene obligación de reintegrar lo indebidamente percibido por el trabajador. El abono de las prestaciones económicas por incapacidad temporal representa una obligación que vincula a la entidad gestora, de una parte, y al beneficiario, de otra. Y al empresario la ley no le impone otra obligación que la de anticipar el pago por cuenta de la entidad gestora, una vez que ha recibido el reglamentario parte médico de baja y los de confirmación. Además, la ley tampoco ha previsto que sea el empresario el que, en caso de que el trabajador no reúna los requisitos necesarios y a pesar de ello perciba prestaciones, deba reclamar el reintegro de prestaciones así percibidas, pues es ésta una competencia que corresponde en exclusiva a la entidad gestora de la Seguridad Social.

Según la **STS de 1 de diciembre de 2003**, I.L. J 2296, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, una vez agotado el plazo máximo de 30 meses del subsidio de incapacidad temporal (plazo de prórroga extraordinaria), y hasta que se produzca la calificación de la situación a efectos del eventual reconocimiento o denegación de una incapacidad permanente, se mantiene la incapacidad temporal y el abono del subsidio, debiendo la Mutua abonar la prestación hasta que por parte de la Entidad Gestora se proceda a calificar el estado de incapacidad del trabajador. Y es que el trabajador no debe sufrir las consecuencias de la demora en la calificación, sin perjuicio de las responsabilidades de compensación que pudieran producirse entre la entidad gestora y la mutua como consecuencia del retraso y de la imputación de la causa del mismo.

La **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003**, I.L. J 2455, señala que las Mutuas deben dispensar la prestación con igual alcance que el ente gestor, debiéndola abonar también durante el período que excede del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal, sin que puedan suspenderla o extinguirla unilateralmente sin motivación, formalización por escrito, notificación o reseña de medios de impugnación. Es a la Entidad Gestora a quien corresponde en todo caso adoptar la medida prevista de denegar, suspender, anular o extinguir el derecho cuando existan motivos para ello.

La **STSJ de Canarias de 29 de mayo de 2003**, I.L. J 2428, señala que no se exige un nuevo período de carencia de 180 días en los últimos cinco años cuando el beneficiario reúne en la fecha del hecho causante del nuevo proceso, la carencia exigida y antes citada. El hecho de que la enfermedad sea nueva, o se trate de un proceso nuevo de la misma enfermedad anterior, no modifica el criterio a aplicar cuando la LGSS no distingue a la hora de establecer las exigencias legales para causar derecho a la prestación.

En la **STSJ de Castilla y León de 26 de mayo de 2003**, I.L. J 2525, se resuelve que el proceso de incapacidad laboral iniciado por la trabajadora deriva de accidente de trabajo pues, aun cuando ésta padeciera osteopenia con anterioridad al mismo, no consta que antes de dicho accidente hubiera iniciado un proceso de incapacidad temporal por la misma dolencia.

Según la **STSJ de Extremadura de 14 de mayo de 2003**, I.L. J 2545, existe fraude de ley en quien, ya padeciendo una enfermedad que le incapacita para el trabajo y que incluso está en tratamiento médico, inicia un trabajo para pocos días después, sin que conste alteración alguna en dicha enfermedad, poner de manifiesto su incapacidad con la finalidad de obtener las prestaciones correspondientes.

B) La incapacidad temporal en regímenes especiales

Según la **STSJ de Canarias de 29 de mayo de 2003**, I.L. J 2430, no existe falta de diligencia en el pago delegado de la incapacidad temporal, procediendo correctamente al abono de la prestación, cuando el trabajador, afiliado al RETA tiene 180 días cotizados, pese a

IX. Seguridad Social

existir descubiertos de cotización que no aparecen en el certificado de vida laboral de la Tesorería. Y es que los descubiertos que no incidan en la prestación son irrelevantes.

12. MATERNIDAD

No hay jurisprudencia en la materia.

13. RÉGIMENES ESPECIALES

En la STSJ de Asturias de 16 de mayo de 2003, I.L. J 2509, se trata sobre la compatibilidad entre una pensión de jubilación del Régimen General y otra de invalidez reconocida con anterioridad en el RETA. A este respecto se establece por una parte que dicha invalidez lo era en el grado de total y compatible, por tanto, con el desarrollo de otro trabajo —como así sucedió—. Además, nada obsta a compatibilizar dos prestaciones de diverso régimen siempre que contempladas cada una de ellas aisladamente, el interesado reúna los requisitos necesarios para su obtención.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No hay jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

Señala la STS de 5 de diciembre de 2003, I.L. J 2277, que corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para resolver el alcance del derecho al alta en la Seguridad Social del personal de régimen estatutario que presta sus servicios intermitentemente para reforzar los servicios de guardia o atención continuada de las instituciones sanitarias. Tal como ya estableció la STS de 29 de abril de 2002, la gestión recaudatoria, que excluye la competencia del orden social —art. 3.1.b) LPL—, no se limita a las operaciones materiales de cobro, sino también a la declaración de existencia de la obligación de cotizar y a la concreción, cuantificación o determinación de su importe. En este sentido, también se pronuncian las SSTs de 5 y 19 de diciembre de 2003, I.L. J 2742 y 2747.

Para la STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003, I.L. J 2691, nos encontramos ante una relación mercantil o societaria, por lo que la jurisdicción social carece de competencia para conocer de la reclamación planteada por un Director General y miembro del Consejo de Administración de una empresa, que había permanecido en alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

B) Litisconsorcio pasivo necesario

La STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2003, I.L. J 2574, desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, puesto que la sentencia anterior no afecta al Ministerio de Trabajo perjudicándole sin ser oído, ya que su papel se restringe simplemente a asignar los coeficientes de bonificación previstos en el Anexo del RD 2366/1984, de 26 de diciembre, y dicha cuestión ya fue resuelta en el procedimiento anterior. En definitiva, dicho requisito es instrumental de la prestación ahora postulada, ya que en el proceso destinado a concretarlo tuvo intervención el Ministerio de Trabajo, porque se impugnaba la resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras. También resuelve dicha sentencia sobre el efecto positivo de la cosa juzgada, en cuanto atribuye valor condicionante no sólo a lo decidido en el fallo de una sentencia sino a los elementos de decisión imprescindibles para el fallo.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales. C) Nivel Contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo. a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros Subsidios especiales. c). Cuantía y dinámica del derecho al subsidio. d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias. F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva. a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilaciones anticipadas. f) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica. d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. D) Previsión social voluntaria. a) Mejoras voluntarias. b) Planes de pensiones. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos. a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario. c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección. e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Lesiones permanentes no invalidantes. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 13 a 15 de 2004 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 2187 a 2602).

1 PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

De nuevo vuelve a aparecer el tema del fraude de ley, que ya ha sido objeto de comentario en ocasiones anteriores. En este caso la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de mayo de 2003**, I.L. J 2519, resuelve el recurso planteado por el INEM frente a la sentencia de instancia que estimó que no había existido fraude de ley al producirse el cese voluntario del trabajador en un contrato de carácter indefinido y posteriormente una contratación de carácter temporal y de corta duración. Sin embargo, el TSJ de Castilla y León, considera que existen motivos suficientes para entender la existencia de fraude de ley puesto que el actor suscribió el segundo contrato con el fin de crear una apariencia jurídica de extinción de la relación laboral del mismo y poder así lucrarse de las prestaciones por desempleo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 208.1.f) LGSS, a las que no tenía derecho en principio, por haber causado baja voluntaria en el contrato de trabajo de carácter indefinido.

e) Supuestos especiales

Los actores vieron suspendido su contrato, suspensión que fue aprobada por resolución de 24 de julio de 2001, no obstante, los mismos solicitaron la prestación por desempleo con efectos desde el día 1 de julio, frente a lo que el INEM alegó que la resolución que pone fin al expediente de regulación de empleo autoriza al empresario a que suspenda la relación laboral, pero no desde que el empresario decide hacer uso de tal resolución, por lo que no es posible que la resolución pueda autorizar la suspensión con efectos retroactivos, pues en este caso, en lugar de autorizar lo que haría sería ratificar una medida ya adoptada, por lo que según el INEM hay que entender que no se encontraban en situación legal de desempleo, y que los efectos habrán de fijarse en definitiva en la fecha de dicha resolución.

El juez de instancia accede a la pretensión de los actores porque considera que los accionantes cesaron efectivamente en sus trabajos el día 1 de julio de 2001, y conforme al art. 57.3 de la Ley 30/1992, puede otorgarse eficacia retroactiva a los actos de las

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

Administraciones Públicas sometidas al Derecho Administrativo “cuando produzca efectos favorables a los interesados”.

La STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003, I.L. J 2686, acoge este mismo razonamiento, aunque en ocasiones anteriores había entendido que no se está en situación legal de desempleo hasta que no se suspende la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo mediante resolución de la autoridad laboral competente, que es la que declara la situación legal de desempleo y que no procedía el reconocimiento de la prestación en fecha anterior a dicha resolución.

El TSJ de Cataluña entiende que a pesar de que el art. 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que los actos administrativos producirán sus efectos desde la fecha en que se dicten, en este caso la autoridad laboral entendió que concurrían los requisitos previstos en el número 3 del mismo artículo, por lo que estaba facultada para otorgar a la resolución eficacia retroactiva porque resultaba congruente con los hechos relatados.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares

El art. 215.3 LGSS, dice, en relación al tiempo en que han de concurrir los requisitos de “carencia de rentas” y de “tenencia de responsabilidades familiares” que configuran el hecho causante de la situación de desempleo de nivel asistencial, objeto del litigio que resuelve la STS de 29 de octubre de 2003, I.L. J 2719, que “El requisito de carencia de rentas a que se refiere el art. 215.3.1.1 LGSS deberá concurrir en el momento del hecho causante y durante la percepción de todas las modalidades de subsidio establecidas en el presente artículo. En aquellos subsidios en que se requiera la tenencia de responsabilidades familiares, dicho requisito deberá concurrir igualmente en el momento del hecho causante y durante toda su percepción”.

Por tanto, del precepto se deduce que la circunstancia de carencia de rentas es exigible en todo el tiempo que dura la prestación, lo que obliga a la entidad gestora a determinar, ante eventuales modificaciones de dichas circunstancias, si la entidad de las mismas afecta de una u otra manera al derecho reconocido.

Además la ley establece un deber a cargo del beneficiario de comunicación inmediata de las modificaciones de su situación económica, familiar o profesional [art. 231.e) LGSS], deber que ha de cumplirse en el momento de la producción de dichas situaciones.

Por su parte corresponde a la Entidad Gestora reconocer y mantener en su caso el derecho a las prestaciones por desempleo.

Toda esta doctrina aplicada al caso concreto a resolver por el Tribunal Supremo conduce a la estimación del recurso interpuesto por la actora, ya que aunque la beneficiaria omitió el deber de comunicación del cambio de su situación económica, este cambio no resultó en cómputo anual de entidad suficiente para suspender o extinguir la prestación de desempleo, siendo sólo esta omisión la que está tipificada como causa de pérdida de la prestación de desempleo.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Período de jubilación de religiosos secularizados.

Se ha hecho ya referencia en anteriores crónicas al cómputo, para los religiosos y sacerdotes secularizados, de los períodos en que estuvieron ejerciendo su ministerio o religión, y en el que no se les permitió cotizar por su falta de inclusión en el sistema, con objeto de que se les reconozca el derecho a la percepción de la pensión de jubilación o una cuantía superior a la que se les reconociera (Disposición Adicional Décima Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y su desarrollo en el RD 487/1998, de 27 de marzo). Ahora, la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2003**, I.L. J 2458, se plantea si debe computarse el período correspondiente a actividades religiosas fuera del territorio nacional. Al respecto, la citada Sentencia considera que deben computarse al actor, como cotizados, el período correspondiente a actividades religiosas realizadas fuera del territorio nacional, ya que el mismo fue destinado a la India por decisión de la Congregación a la que pertenecía, que era la que tenía que haber cotizado por él. Por un lado, la norma no establece distinción alguna en cuanto al lugar en que se han prestado los servicios como religiosos. Por otro lado, como ha resuelto, en sentido similar, la STS de La Rioja de 30 de enero de 2001, en el supuesto de duda en la interpretación de la norma, ésta debe resolverse en el sentido más favorable al beneficiario, en virtud del principio *in dubio pro operario o pro beneficiario*, aplicable en el ámbito del Derecho Laboral y en el de la Seguridad Social.

Por otro lado, se recuerda en la Sentencia que, en los supuestos de reconocimiento inicial de la pensión de jubilación de los religiosos y sacerdotes secularizados, los interesados deberán abonar el capital coste de la parte de pensión que se derive de los años de ejercicio sacerdotal o religioso que hayan sido reconocidos como cotizados a la Seguridad Social de acuerdo con los porcentajes que señale la norma.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Incrementos injustificados de la base de cotización.

Sobre el tema ya reiterado de los incrementos injustificados de la base de cotización se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de junio de 2003**, I.L. J 2447. Se pone de manifiesto el desproporcionado incremento en las bases de cotización a partir de noviembre de 1993, que supera en casi tres veces la del mes precedente, no habiendo probado que el mismo tenga su causa de norma legal o convenio colectivo, y no pudiendo justificarse sin más sobre la base de la afirmada mayor responsabilidad y dedicación como consecuencia de la renovación de la franquicia. Si a ello se une su posición de dominio y control de la sociedad al poseer una importante, si no mayoritaria, participación social, la Sentencia deduce que aquel “aumento” de bases no tuvo otra finalidad que elevar artificialmente la cuantía de la esperada pensión de jubilación de la demandante, que contaba por entonces con 56 años de edad. Consecuencia de todo ello es que no pueden computarse para calcular la base reguladora de la misma.

– Cómputo de las bases mejoradas por las que cotizó la empresa, que no superan el tope máximo legal.

La cuestión que se plantea en la **STS de 26 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2301, es la de si para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación deben computarse las bases mejoradas por las que se cotizó con autorización administrativa, salvo que superen el límite legal. Este límite legal no es la base máxima de cotización fijada en cada momento para la categoría del trabajador, sino el tope máximo previsto para todas las actividades y categorías profesionales. La Sentencia declara al respecto que no es posible tener por inexistentes las mejoras en las bases de cotización producidas al amparo de la LGSS de 1974. Es claro que el trabajador consolidó el derecho a que la mayor cotización que fue aceptada sin reparo por la Entidad Gestora de la Seguridad Social, le sea computable a los efectos de determinar la mayor base reguladora de su pensión de jubilación, que no excede del tope máximo legal.

– Determinación de la base reguladora para los vendedores de la ONCE.

La **STSJ de Cantabria de 8 de abril de 2003**, I.L. J 2562, se pronuncia sobre la base reguladora de la pensión de jubilación de los vendedores de cupón de la ONCE que se hayan visto afectados en su carrera de seguro por la incidencia de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social, cuando anteriormente habían estado incluidos en el Régimen especial de la Seguridad Social de los representantes de comercio. En concreto, sobre la repercusión en dicha base reguladora, y en la pensión calculada sobre ella, de las normas transitorias reguladoras de tal proceso de integración (RD 2621/1986 y varias disposiciones complementarias). Sobre esta cuestión, la Sentencia, siguiendo lo resuelto en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo (Sentencia de 12 de diciembre de 1996), recuerda que, de acuerdo con la normativa citada, quedaron incluidos en

el grupo 5 de la Escala de grupos de cotización vigentes en el Régimen General de la Seguridad Social. No obstante, dado que las previsiones de integración se caracterizan por su gradualidad, se estableció un largo período transitorio hasta la integración definitiva, estableciéndose limitaciones cuantitativas en las bases de cotización para los representantes de comercio que se fueron fijando anualmente. A este colectivo de la ONCE le resultó de aplicación lo establecido para los representantes de comercio, de manera que se afirma que su inclusión y cotización en el Régimen General toleraba un límite cuantitativo en las bases de cotización.

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en diversos países.

De nuevo sobre esta cuestión, ya reseñada en anteriores crónicas y que sigue dando lugar a numerosos pronunciamientos judiciales, se pronuncian las **SSTS de 25 de noviembre de 2003**, I.L. J 2246, **de 19 de diciembre de 2003**, I.L. J 2288 y **de 18 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2299 y **STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2003**, I.L. J 2557.

En la **STS de 19 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2288, se reitera la doctrina ya consolidada por este Tribunal, a partir de la respuesta del Tribunal de Luxemburgo a la cuestión prejudicial planteada, en el sentido de que, conforme al Reglamento 1248/1992, Anexo VI, apartado D), la pensión teórica española se calculará sobre las bases reales del asegurado, durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, sin perjuicio de que la pensión obtenida se incremente con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones acordadas para cada año posterior en las pensiones de la misma naturaleza. No obstante, ésta no constituye una solución cerrada y obstaculizadora de otras diferentes; todavía, a la luz de los preceptos comunitarios, cabría introducir criterios alternativos de actualización. Además, es posible, al margen de las normas comunitarias, aplicar un Convenio bilateral de Seguridad Social, suscrito entre España y el país de que se trate, si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado, el cual habría de serle respetado incluso tras nuestra adhesión a la comunidad, hoy Unión Europea. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2003**, I.L. J 2557.

Las **SSTS de 25 de noviembre de 2003**, I.L. J 2246, y **de 18 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2299, se pronuncian en el sentido de que, al establecer la prorrata que sobre la pensión teórica debe determinar la fracción de la misma que se convierte en pensión efectiva a cargo de la Seguridad Social española, no se computan los períodos de cotización que han de asignarse al trabajador para compensar el adelanto de la edad de jubilación por aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación en atención al carácter penoso o insalubre del trabajo desarrollado. Y ello considerando que la previsión de bonificación de cuotas en razón del trabajo desarrollado por el trabajador no puede aceptarse para la aplicación del prorrateo en cuanto que se trata de una institución ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que no ha hecho de peor condición al trabajador por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios. Se pone de relieve, además, en la última sentencia señalada que el sistema de prorrata que prevé el art.

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

46.2.b) del Reglamento 1408/1971 no se aplica para fijar el importe de la pensión española, sino para determinar la fracción que corresponde a la Seguridad Social española en el marco de una distribución del coste de la renta de sustitución del beneficiario.

b') Cuantía de la prestación

– Complemento de mínimos.

A la procedencia del complemento de mínimos cuando existen prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado se refiere la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de junio de 2003**, I.L. J 2448. Declara esta Sentencia que la normativa de Seguridad Social prevista en los Reglamentos (CEE) núm. 1408/1971 y núm. 574/1972 resulta aplicable a las prestaciones que provengan de sistemas complementarios (en este caso sistemas complementarios de jubilación franceses, ARRCO y AGIRC) y que su importe debe ser computado, por tanto, a efectos del cálculo de mínimos. En este sentido, se señala que, conforme al art. 12.2 del Reglamento (CEE), salvo en los casos en que dicho reglamento señale otra cosa, las cláusulas de reducción, de suspensión o de supresión establecidas en la legislación de un Estado miembro en caso de acumulación de una prestación con otras de Seguridad Social o con otros ingresos de cualquier tipo podrán hacerse valer frente al beneficiario, aunque se trate de prestaciones adquiridas en virtud de la legislación de otro Estado miembro o de ingresos obtenidos en el territorio de otro Estado miembro.

Por otro lado, las **SSTSJ de Galicia de 16 de junio de 2003**, I.L. J 2488, y **de 21 de junio de 2003**, I.L. J 2489, reiteran la doctrina sentada por el Tribunal Supremo sobre la posibilidad de revisión de oficio por la entidad gestora del reconocimiento de complementos de mínimos. En este sentido se reconoce, como supuesto excepcional contenido en el art. 145.2 LPL, la facultad de la entidad gestora para la revisión de oficio en los supuestos derivados del reconocimiento de complementos para cubrir los mínimos legales a favor de los beneficiarios de sus prestaciones de Seguridad Social cuando éstos no han efectuado las declaraciones anuales de sus rentas a los que se hallan obligados legalmente o cuando las han hecho incluyendo inexactitudes detectadas con posterioridad. Se ha admitido así en aplicación de tal excepción la revisión de oficio como reconocimiento de un derecho de autotutela por parte de la Administración de la Seguridad Social, incluyendo dentro de aquellas facultades de revisión no sólo la modificación del *quantum* de la pensión, sino también el derecho al reintegro de prestaciones. Por último, se reitera que el plazo para reclamar el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas ha de ser el de cinco años, aplicable en virtud del art. 45.3 LGSS, con independencia de la causa que origine la percepción indebida.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones.

Son 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. Así, la **STS de 12 de diciembre de 2003**, u.d., I.L.

J 2394, reitera que la prejubilación del trabajador constituye un cese o baja en la empresa de carácter voluntario, que debe incardinarse en la causa de extinción del contrato por mutuo disenso o mutuo acuerdo prevista en el art. 49.1.a) del ET, sin que la concurrencia de razones económicas y profesionales más o menos poderosas que impulsan al trabajador a aceptar el ofrecimiento de la empresa pueda desvirtuar la bilateralidad característica de esta causa de extinción, porque sin el consentimiento del trabajador no se habría producido la extinción de su contrato. Se declara también en estos casos, como hace la **STSJ de Cantabria de 16 de abril de 2003**, I.L. J 2578, la aplicabilidad del porcentaje de la reducción de la cuantía de la pensión de jubilación anticipada del 7 por ciento por cada año o fracción de año que falta para cumplir los 65 años de edad. Consecuencia de este carácter voluntario es además, como se declara en muchas sentencias, que no es de aplicación la indemnización establecida en el art. 51.8 del ET que corresponde al supuesto de despido colectivo (**STSJ de Galicia de 16 de junio de 2003**, I.L. J 2491).

Es también objeto de numerosas controversias 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 se declara en las **SSTS de 13 de noviembre de 2003**, I.L. J 2247, **de 18 de noviembre de 2003**, I.L. J 2248, y **de 10 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2262, 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 las **SSTS de 5 de diciembre de 2003**, I.L. J 2278, **de 12 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2392, y **de 12 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2423, sobre inclusión de dos pagas extraordinarias en la base reguladora del convenio de prejubilación.

– Jubilación anticipada de mayores de 61 años.

En relación con esta modalidad de jubilación anticipada introducida por el RD-Ley 16/2001, considera la **STSJ de Cantabria de 13 de marzo de 2003**, I.L. J 2465, que deben computarse las cotizaciones efectuadas en el período de percepción del subsidio de desempleo de mayores de 52 años.

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

– Jubilación anticipada a los 64 años (RD 1194/1985, de 17 de julio).

Como establece la **STSJ de Aragón de 23 de junio de 2003**, I.L. J 2435, la finalidad de esta norma es fomentar el empleo mediante la jubilación de trabajadores con 64 años siempre que sean sustituidos por otros trabajadores contratados en la misma situación que el jubilado en forma y manera que se mantenga el mismo nivel de empleo. En el caso concreto analizado en esta Sentencia, se estima la existencia de fraude de ley considerando que, al amparo que proporcionaba el RD 1194/1985, se persigue un resultado que frustra su propósito en perjuicio, además, del INSS.

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

El acuerdo de las partes constituye el instrumento regulador de la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social. En el caso concreto analizado en la **STSJ de Asturias de 25 de julio de 2003**, I.L. J 2468, dicho pacto supone además la asunción por la empresa de unos criterios vinculantes sobre el carácter de la prestación para el personal fuera de convenio jubilado reglamentariamente. En la citada sentencia se pone de relieve las dificultades de interpretación del citado pacto respecto a unas prestaciones médico-farmacéuticas de la Seguridad Social establecidas como mejoras voluntarias de la Seguridad social. Al respecto la Sentencia establece que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no debe favorecer a la parte que hubiera ocasionado la oscuridad, ni puede la empresa, amparándose en la ambigüedad terminológica del mismo, alterar el régimen de la mejora voluntaria de la Seguridad Social y proceder unilateralmente a su extinción.

b) Planes y Fondos de Pensiones

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2003**, I.L. J 2370, se pronuncia sobre el carácter no salarial de los planes de pensiones. El supuesto planteado se refiere a la determinación de la cuantía de la indemnización a que tienen derecho los trabajadores como consecuencia de la extinción de sus contratos de trabajo por expediente de regulación de empleo, una vez que éstos se adhieren al programa de desvinculación incentivada ofrecido por la empresa. En relación con ello, la Sentencia considera que lo que la empresa demandada ingresa al Plan de Pensiones de los trabajadores ni tiene carácter salarial ni supone devengo en el momento de la desvinculación. La propuesta de desvinculación se plantea en unos términos concretos y su efectividad surge a título individual de la libre aceptación por cada trabajador de la oferta que hace la empresa en esos precisos términos,

de tal forma que la computación de la aportación a los Planes de Pensiones sólo hubiera sido posible si de forma expresa así se hubiera acordado.

Por otro lado, la **STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2003**, I.L. J 2537, se pronuncia en el sentido de que la extinción de la relación laboral determina la pérdida del derecho a consolidar el capital que todavía no está consolidado, manteniendo el partícipe el derecho a movilizar el capital consolidado y sin que se conserve cualquier otra obligación con respecto a ese otro capital no consolidado o en fase de consolidación. La Sentencia considera que no constituye elemento que altere dicha solución el carácter de improcedente del despido, puesto que no existió readmisión, sino opción por la extinción.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

c') Incapacidad permanente total

En relación con esta incapacidad, se considera que una declaración de lesiones PNI derivada de la contingencia de accidente de trabajo, no afecta o se encuentra relacionada en su naturaleza, duración, gravedad o terminación con otras enfermedades tenidas en cuenta para la declaración de IPT derivada de enfermedad común, al no constituir complicaciones derivadas de proceso patológico determinado por el accidente mismo (**STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2003**, I.L. J 2556).

d') Incapacidad permanente absoluta

En la **STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2003**, I.L. J 2217, se deniega una IPA en aplicación de la doctrina jurisprudencial según la cual la apreciación de la incapacidad permanente del trabajador autónomo es más estricta que la del trabajador por cuenta ajena por la menor tensión de su trabajo y las mayores posibilidades de ocupación residual. La sentencia considera que las deficiencias anatómicas y funcionales (sobrecarga lumbar y deambulación prolongada), no se acredita que correspondan “al profesiograma de gerente titular o propietario de taller de automóviles, lo que denota y patentiza que tales deficiencias no suponen para el trabajador aquejado la imposibilidad no ya de llevar a cabo la realización de las tareas fundamentales de la actividad de su profesión sino mucho menos, la de cualquier trabajo que no requiera sobrecarga postural o deambulación prolongada”.

Esta prestación se deniega en un supuesto en que el trabajador ya había obtenido una IPT, para cuya calificación no se tuvo en cuenta la lesión (trastorno psíquico) que nueva-

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

mente ahora se invoca para la revisión de la incapacidad, existiendo ya la patología en el momento de la declaración de la IPT y sin que se aprecie un agravamiento relevante en su evolución (STSJ de Castilla y León de 6 de mayo de 2003, I.L. J 2524).

La STSJ de Valencia de 24 de abril de 2003, I.L. J 2475, confirma la existencia de un grado de IPA cuando las dolencias que, en su conjunto, padece el trabajador, no simplemente le impiden la ejecución ocasional y esporádica de alguna tarea, sino que le impiden, cualquiera que sea el trabajo a realizar, las tareas que conlleve con la continuidad, permanencia, eficacia y rendimiento que demanda el mercado laboral, aunque se trate de un trabajo liviano y sedentario.

e') Gran invalidez

b) Requisitos del beneficiario

La jurisprudencia ha flexibilizado del requisito de situación asimilada al alta para generar el derecho a la prestación de invalidez (ex art. 124.1 LGSS), admitiendo —en una interpretación humanizadora— algunas excepciones a la necesidad de que la persistencia de la voluntad de trabajo se evidencie en la inscripción como demandante de trabajo en la Oficina Pública de Empleo (cfr., v. gr., STS de 13 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 1984), como manifestación del *animus laborandi* del trabajador. Ahora bien, ello no concurre en un supuesto en que la interrupción en la demanda de empleo fue superior a los dos años, pues se considera un tiempo excesivo como para entender que durante el mismo el trabajador mantuvo el ánimo de trabajar y la decidida voluntad de no apartarse del sistema, de la misma manera que impide la consideración del período de inscripción como desempleada como ininterrumpido a efectos de su consideración en situación asimilada al alta (STSJ de Cantabria de 1 de abril de 2003, I.L. J 2572).

c) Prestaciones económicas

a') Clases y cuantía de las prestaciones

Se deniega el incremento de la prestación previsto por el art. 139.2 LGSS para supuestos de IPT para la profesión habitual en tanto que esta mejora sólo es posible cuando el beneficiario no realice ninguna actividad laboral por cuenta propia o ajena, de tal manera que incluso reconocida quedaría en suspenso durante el período en que el beneficiario obtuviera un trabajo (STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2003, I.L. J 2534).

b') Base reguladora de las prestaciones

Los trabajadores declarados en situación de invalidez permanente parcial para la profesión habitual, cualquiera que sea la contingencia determinante de la misma, percibirán una cantidad a tanto alzado equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que haya servido para determinar la prestación económica por incapacidad laboral temporal de la que deriva la invalidez. Esta base es el resultado de dividir el importe de la base de

cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que aquélla se derive en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, y cuando el trabajador perciba una retribución mensual y haya permanecido en alta en la empresa todo el mes natural a que el mismo se refiere, por 30 (ex arts. 9 y 13 RD 1646/1972; arts. 1 y 2 OM de 30 de junio de 1972 y DA Cuarta núm. 4 RD de 29 de diciembre de 1993; art. 127 LGSS 1977; art. 2 Reglamento General de Prestaciones de 23 de diciembre de 1966) (STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2003, I.L. J 2542).

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

d) Dinámica de la protección

La fecha de los efectos económicos de la prestación por IPT es la del cese en el trabajo (en aplicación analógica del art. 131bis.3 LGSS), mientras que la fecha del hecho causante (efectos jurídicos) será la fecha de emisión del dictamen-propuesta del EVI donde se califica la incapacidad. La STS de 19 de diciembre de 2003, u.d., I.L. J 2285, siguiendo una doctrina consolidada, establece la irrelevancia de que la declaración no estuviera precedida de incapacidad temporal y que la trabajadora hubiera prestado servicios ininterrumpidamente hasta la declaración de la misma, para mantener la fecha del hecho causante en el momento de la emisión del dictamen y no en la del cese efectivo en el trabajo.

En relación con la jubilación del trabajador, la STSJ de Cataluña de 27 de junio de 2003, I.L. J 2456, establece que no hay obstáculo legal que impida el reconocimiento de una IPA aunque en la fecha de solicitud el demandante reúna los requisitos para la pensión de jubilación, siempre que se acredite que las lesiones se encuentren consolidadas de manera irreversible antes de cumplir los 65 años.

No es admisible una revisión por mejoría realizada por la Entidad Gestora de las prestaciones cuando se detecta la realización de una profesión diferente respecto de la que fue objeto de una declaración de IPT, indicándose que esta revisión sólo puede realizarse sobre la profesión habitual de referencia para el reconocimiento de la IPT, y no en relación con una profesión diferente que se ha detectado que el demandante empezó a ejercer con posterioridad (STSJ de Canarias de 14 de mayo de 2003, I.L. J 2513).

e) Compatibilidad e incompatibilidades

No puede hablarse de incompatibilidad entre pensión por IPT para una profesión y el trabajo desarrollado, pues si bien la declaración de incapacidad puede suponer la imposibilidad de trabajar en otra categoría profesional con identidad de contenido de las funciones o tareas. En el supuesto concreto, aunque en ambas actividades –profesiones distintas– puedan entenderse como de esfuerzo físico, no cabe catalogar la profesión actual como especialmente penosa e incompatible con su estado físico, dado que la realiza solamente durante dos días a la semana (interpretación ex art. 35 CE), pues la situación de IPT permite realizar otros trabajos diferentes a los de su profesión y “aun aquellos

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

que en la misma empresa o en otra distinta le permitan realizar otra actividad diferente y menor a la que venía ejerciendo” (STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2003, I.L. J 2565). Este mismo órgano jurisdiccional resuelve un supuesto más complejo donde se considera que las dolencias que incapacitan para el desempeño de las funciones propias de albañil (en relación a las cuales el trabajador percibe una prestación por IPT) no tienen la misma trascendencia funcional para las funciones de peón para la fabricación de cerramientos de PVC. Su fundamentación se basa en que las exigencias físicas requeridas para el ejercicio de ambas profesiones son diferentes, no siendo las dolencias impeditivas para el desempeño de la profesión más reciente de manera que la prestación por IPT para una profesión es compatible con el desarrollo de la actual (STSJ de Cantabria de 10 de abril de 2003, I.L. J 2575).

C) Lesiones permanentes no invalidantes

El art. 150 LGSS obliga a indemnizar todas y cada una de las lesiones que pueda sufrir el trabajador, en los casos que no den lugar a una invalidez permanente o a una indemnización fijada por el baremo para una indemnización de grado superior. Así pues, en supuestos de hipoacusia bilateral, el número 8 del baremo anexo a la OM de 15 de abril de 1969 (que recoge como lesión permanente no invalidante la hipoacusia que no afecta a la zona conversacional en un oído, siendo normal la del otro), procede —en interpretación lógica y finalista del precepto— la percepción de dos indemnizaciones del baremo 8 cuando la lesión es en ambos oídos, aunque en ninguno de ellos la hipoacusia impida la audición a nivel conversacional. Si sólo se percibiera una indemnización, quedaría sin indemnizar —sin justificación alguna— una de las lesiones producidas a consecuencia del trabajo (STS de 23 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2250), lo que significaría una desprotección de una lesión sufrida a consecuencia del trabajo (STS de 26 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2279).

Las prestaciones económicas por LPNI son compatibles con el reconocimiento de un grado de incapacidad permanente, siempre que aquéllas nada tengan que ver con la última. El requisito del alta en la Seguridad Social para acceder a estas prestaciones (ex art. 124.1 LGSS) se entiende en los términos de que “cuando las situaciones protegidas provienen de contingencias cubiertas (caso de la incapacidad temporal, invalidez permanente o muerte, en cuanto derivadas de enfermedad común o profesional y accidente laboral o no laboral), el momento decisivo es el de producirse la contingencia (el accidente o la enfermedad) y no aquél en el que surge la situación protegida (incapacidad temporal o permanente y muerte)” (STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003, I.L. J 2343).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

C) Cuantía de las pensiones

Tal y como establece el art. 174 de la LGSS, el derecho a la pensión de viudedad se reconoce al cónyuge superviviente, por lo que es necesario haber contraído matrimonio en cualquiera de las formas previstas en el Código Civil, no siendo suficiente la convivencia

more uxorio (tal y como ha reiterado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo). Ahora bien, existe una excepción recogida en la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, de Divorcio; en ella se concede una “ficción matrimonial”, a quienes conviviendo no pudieron divorciarse del matrimonio anterior ni contraer nuevas nupcias porque el causante falleció antes de la entrada en vigor de la citada Ley (no existía libertad para escoger entre mantener una relación extra matrimonial o contraer matrimonio). Esta excepción establece una equiparación de situaciones plena, gozando de los mismos derechos que hubieran tenido de haber podido contraer matrimonio, y por ello en los supuestos de distribución de la pensión de viudedad. En relación con los efectos económicos, el art. 174 de la LGSS reconoce que en los casos de nulidad, separación y divorcio, se conservan los derechos de Seguridad Social, pero se produce un supuesto de distribución de la pensión de viudedad, de tal manera que la pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge superviviente —o al que se encuentra en el supuesto comentado de “ficción matrimonial”—, se ve disminuida por la parte que corresponda al cónyuge o cónyuges históricos y por el tiempo que éstos hubieran convivido —casados— con el causante. Tal y como reconoce acertadamente la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de mayo de 2003**, I.L. J 2432, la regla de la proporcionalidad se refiere al cónyuge divorciado (o al separado o anulado el matrimonio), y no al cónyuge viudo (o en el supuesto de “ficción matrimonial”), de tal manera que si muere el cónyuge viudo su pensión no acrecerá el derecho del cónyuge histórico, pero si por el contrario el que muere es el cónyuge histórico sí se acrecerá el derecho del actual (o afectado por la citada “ficción matrimonial”), incrementándose hasta el 100 por ciento de la única pensión de viudedad (tal criterio es el seguido por la Circular del INSS de 20 de febrero de 1997).

D) Dinámica de la protección

La **STS de 2 de diciembre de 2003**, I.L. J 2306, reitera su doctrina, en relación con los efectos económicos de las pensiones de orfandad extinguidas por cumplimiento del límite de 18 años antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1997 —que introduce unos nuevos límites de edad y en concreto el derecho a mantener la pensión de orfandad hasta los 21 años, o 23 para los huérfanos de padre y madre—. En estos supuestos considera que no nos encontramos ante una pensión ya reconocida que hubiera sido declarada en suspenso, sino ante la extinción de la primera prestación y el nacimiento de una prestación nueva, que se origina con la Ley 24/1997, de 5 de agosto (fecha de entrada en vigor), y que cuenta con unos límites y condiciones distintos. Es en esa fecha —5 de agosto—, cuando nace el derecho a la nueva pensión de orfandad, quedando sus efectos económicos limitados, por mandato del art. 178 de la LGSS, a los tres meses anteriores a la fecha en que se solicitó su reconocimiento. Esta doctrina del Tribunal Supremo no es seguida por la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 13 de mayo de 2003**, I.L. J 2520, en el que ante el mismo supuesto, extinción de la pensión de orfandad por cumplimiento de la edad de 18 años, antes de la entrada en vigor de la Ley 24/1997, reconoce el derecho a la pensión de orfandad antes extinguida, desde el 5 de agosto de 1997 (fecha de entrada en vigor de la reforma), hasta la fecha en la que el actor cumplió los 21 años. Este criterio

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

lo adopta siguiendo el acertado criterio recogido en la STS de 12 de mayo de 1999, que reconoce el derecho a las pensiones de orfandad a los que previamente habían perdido la pensión, aunque este reconocimiento no supone la inaplicación del límite de tres meses en los efectos económicos de las pensiones nacidas después de la entrada en vigor de la reforma, por lo que la sentencia analizada se excede al reconocer sin límite los efectos económicos.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ ANTONIO FERNÁNDEZ AVILÉS

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

Sumario:

1. Cuestiones preliminares. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. A) Organización. B) Actas de liquidación. 3. Derecho Administrativo Sancionador. Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: Salud laboral.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica recoge las principales novedades que, en relación con la administración laboral, han aparecido en los últimos meses. Por un lado, la crónica da cuenta de los principales pronunciamientos judiciales que en la materia reseñada se han publicado en el período de referencia, en concreto, los publicados en la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 13, 14, 15 y 16 de 2003; asimismo, tales sentencias se acompañan de otras que todavía no han sido objeto de publicación en la revista en cuestión, identificadas en tal caso por el número de recurso.

Por otro lado, debe efectuarse una somera mención a la actividad normativa, pues han entrado en vigor determinadas disposiciones con incidencia en la materia objeto de esta crónica. Así, en primer lugar, hay que hacer referencia al RD 562/2004, de 19 de abril, y al RD 1600/2004, de 2 de julio, en cuanto alteran la estructura orgánica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; por otra parte, se encuentra el RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

Los pronunciamientos judiciales sobre esta materia se centran, como de costumbre, en cuestiones relativas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y, dentro de ellas, en aspectos relacionados con ajustes contables efectuados al hilo de las auditorías a las que se encuentran sometidas las entidades en cuestión.

Así, en primer lugar, la **STS de 24 de febrero de 2004**, recurso de casación para la unificación de la doctrina 460/2001, Sala Tercera, contiene las siguientes precisiones.

De entrada, en relación con el derecho de la Mutua a girar alquileres por el uso de los inmuebles de su patrimonio histórico por la Seguridad Social, el TS, confirmando la solución dada por la sentencia recurrida, sostiene que según la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 1990, de aplicación al ejercicio de 1993, la posibilidad de cargar en las cuentas de gestión el coste de utilización de los inmuebles pertenecientes al patrimonio histórico de la Mutua usados para el desarrollo propio de actividades de colaboración con la Seguridad Social se encuentra condicionado a la concurrencia de ciertos requisitos: de un lado, la autorización previa; de otro, aquellos que se determinen reglamentariamente. Faltando, pues, la autorización no procede cargar en las cuentas el concepto reseñado.

Una suerte distinta, en cambio, corren los otros dos motivos del recurso en los que la Mutua cuestiona el tratamiento dado a las reservas para contingencias pendientes de liquidación en relación y la necesidad de incluir o no en las mismas, de un lado, los recursos formulados contra la denegación de prestaciones o solicitando una prestación mayor y, de otro, los asuntos relativos a prestaciones en descubierto prolongado de la empresa con responsabilidad directa de la misma y subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

En relación con los primeros, se sostiene que no cabe incluir en el concepto de prestaciones presuntas, determinantes de la obligación de constituir reserva, las que pudieran resultar de una eventual estimación de un determinado recurso jurisdiccional posterior interpuesto contra la resolución que las denegó o contra las que las concedió pero en cuantía inferior a la pretendida.

Algo similar se señala respecto los segundos, bajo el argumento de que, en definitiva, la Mutua no va a tener que hacer frente a las prestaciones que corresponden a la empresa de manera definitiva, dado que siempre podrá ejercitar la acción de reclamación frente al INSS.

La segunda sentencia a mencionar en este apartado es la **STS de 27 de abril de 2004**, recurso de casación 123/2002, Sala Tercera. En este caso, el TS confirma, en primer lugar, que el plus de actividad y puesto específico abonado al personal del departamento de promoción conecta con actividades dirigidas a la mediación o captación de asociados y, en consecuencia, no cabe la imputación de gastos a la SS. En segundo lugar, la sentencia mencionada se detiene en recordar que para poder tener en cuenta los importes derivados de las primas no abonadas por empresas morosas se requiere su presencia en documento fehaciente, así como su constancia en una cuenta separada permanentemente actualizada con los ingresos que se vayan produciendo. Finalmente, reitera que el concepto de gastos de asistencia médica con medios propios —objeto de imputación en el gasto a la SS— debe ser objeto de una interpretación estricta, aplicable, en consecuencia, sólo a

los gastos derivados de las actividades directamente realizadas por el personal médico en relación con los pacientes consistentes en prestaciones sanitarias o de recuperación, pero no a los gastos relacionados con actividades técnicas o administrativas correspondientes a otros profesionales, aun cuando tengan que ver con la gestión de los centros en que se presten tales actividades.

B) Actas de liquidación

Ya destacada en la crónica anterior, es la aclaración respecto al régimen transitorio de recursos que corresponde a sentencias sobre impugnación de actas de liquidación, dictadas por Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la vigente Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero mediante las que se resuelven recursos contencioso-administrativos pendientes antes de esa fecha. En línea con pronunciamientos anteriores, las **SSTS de 12 de abril y 25 de mayo de 2004**, recursos de casación para la unificación de la doctrina 6567/2000 y 2130/2001, Sala Tercera, parten de dos premisas para ofrecer una solución. En primer lugar, la aclaración de que, conforme a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 29/1998, la normativa aplicable a la interposición y decisión del recurso presentado es la regulada en la citada Ley, con independencia de la fecha de la resolución impugnada o de la interposición de la demanda. En segundo lugar, que, según la actual normativa y la interpretación que de ella ha hecho la Sala, los recursos de cuantía inferior a diez millones de pesetas que se deduzcan frente a los actos de los organismos, entes, entidades y corporaciones de Derecho Público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional —caso posible de los actos dictados por los órganos periféricos de la Tesorería General de la Seguridad Social— tienen atribuido su conocimiento a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, y en segunda instancia a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (arts. 8.3 y 10.2 Ley 29/1998).

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, cuando por aplicación de la ley precedente el recurso contencioso-administrativo haya sido resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en asuntos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 29/1998 que, conforme a ésta, ahora corresponderían a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el régimen de recursos para estas sentencias es el fijado en la nueva Ley para las sentencias de segunda instancia, frente a las que, conforme a su normativa, no cabe recurso de casación ni ordinario ni para la unificación de doctrina.

Junto a los pronunciamientos anteriores, las **SSTS de 18 y 25 de mayo de 2004**, recursos de casación para la unificación de la doctrina 6766/200 y 1302/2001, Sala Tercera, vuelven a recoger los criterios ya conocidos sobre la determinación de la cuantía mínima de la pretensión que da derecho a la interposición de los recursos: de un lado, se recuerda 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; de otro lado, se aclara que la cantidad a tener en cuenta es la correspondiente a las cuotas mensuales.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. JURISPRUDENCIA SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES POR MATERIAS: SALUD LABORAL

El capítulo del derecho administrativo sancionador, si se desciende al apartado de infracciones y sanciones en materia de salud laboral, ofrece un pronunciamiento de cierto interés. En efecto, la **STS de 19 de abril de 2004**, recurso de casación 274/2002, Sala Tercera, se detiene en la repercusión que puede tener la imprudencia del trabajador en la valoración de la sanción a imponer a la empresa que ha incumplido sus obligaciones de observar las correspondientes medidas de seguridad.

El TS, a diferencia del criterio sostenido en la sentencia impugnada, defiende que no es conforme a derecho prescindir del dato de la concurrencia de un comportamiento imprudente por parte del trabajador; con todo, en el caso enjuiciado, no prospera la pretensión empresarial de reducir la sanción impuesta, pues:

“para fijar la cuantía de la sanción a imponer en vía administrativa y para pronunciarse sobre esa fijación en vía judicial, debe atenderse al dato de que en el nexo de causalidad entre los hechos acaecidos y la lesión sufrida sea un elemento concurrente de notable importancia la imprudencia del trabajador. Es decir, incluso en el caso de que esa imprudencia se produzca, no procede ponderar la cuantía de la sanción cuando lo verdaderamente determinante sea que la empresa no adoptó las medidas oportunas de seguridad, de modo tal que, con o sin imprudencia del trabajador, el riesgo de lesión fuera cierto”.

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) Sindicato de funcionarios. Régimen interno. B) Sacerdotes y religiosos secularizados. Capital coste de la pensión de jubilación. C) Trabajador extranjero sin permiso de trabajo. Demanda por despido. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Redactor. Falta de la nota de dependencia. B) Personal estatutario de los Servicios de Salud. Cese en la comisión de servicios. C) Personal de la Administración Pública. Proceso de selección. D) Expediente de regulación de empleo. Prioridad de permanencia de representante sindical. **4. Conciliación extrajudicial. Reclamación previa.** A) Acto de conciliación instado frente a una Administración Pública. Suspende el plazo de caducidad de la acción de despido. B) Validez de la representación otorgada al Sindicato en el acto de conciliación. **5. Demanda.** A) Variación sustancial. B) Reconvencción. Diferencias con la compensación. **6. Acumulación. Acciones.** **7. Excepciones.** A) Inadecuación de procedimiento. B) Litisconsorcio pasivo necesario. C) Falta de legitimación activa. D) Cosa juzgada. E) Litispendencia. F) Caducidad. G) Prescripción. H) Falta de legitimación pasiva. **8. Práctica de la prueba.** A) Prueba documental. Falta de aportación a los autos. B) Prueba Testifical. Valoración. C) Interrogatorio de las partes. No cabe proponerlo respecto de la propia parte. D) Falta de práctica de prueba admitida. E) Denegación de prueba. F) Acta de infracción. Valor probatorio. G) Carga de la prueba. Inversión. **9. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Aclaración de sentencia. Alteración del fallo. C) Hechos probados. Insuficiencia. **10. Despido. Salarios de tramitación.** A) Descuento de lo percibido en otro empleo. B) Consignación. C) Suspensión del procedimiento a instancias del actor. **11. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Autos recurribles. B) Cuestión nueva. **12. Recurso de queja. Finalidad. 13. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Contenido casacional. 14. Recurso de revisión.** A) Obtención de documentos decisivos.

B) Maquinación fraudulenta. **15. Ejecución de sentencia.** A) Cumplimiento en sus propios términos. B) Despido. Readmisión. **16. Temeridad y mala fe.**

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 13 a 16 (ambos inclusive) del año 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Sindicato de funcionarios. Régimen interno

Frente a la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por el sindicato de funcionarios demandado, la **STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2003**, I.L. J 2195, declara que el orden social es competente para conocer de la demanda interpuesta por los afiliados en cuanto a su funcionamiento interno. Pese a que, efectivamente, el art. 3.a) LPL excluye del ámbito de conocimiento de la jurisdicción social las acciones de tutela de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga de los funcionarios públicos, el TSJ estima que la adecuación estatutaria del funcionamiento interno del sindicato no tiene tal carácter y, en consecuencia, es de su competencia.

B) Sacerdotes y religiosos secularizados. Capital coste de la pensión de jubilación

En la **STS de 2 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2391, se determina la extensión del ámbito de conocimiento del orden social a las pretensiones relativas al capital coste de la pensión correspondiente al período de tiempo de ejercicio sacerdotal o profesión religiosa. Aun cuando la sentencia de suplicación había declarado la incompetencia del orden social, al considerar la reclamación incluida en la esfera de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, el TS, con cita de previas resoluciones, recuerda que la distinción entre “lo social” y “lo recaudatorio” radica en determinar si nos encontramos o no ante un problema prestacional. Así, siendo el ingreso fraccionado de una parte del capital coste un requisito para el reconocimiento y cálculo de la pensión de jubilación, queda incluido en el ámbito de conocimiento de este orden jurisdiccional.

C) Trabajador extranjero sin permiso de trabajo. Demanda por despido

Declarando la nulidad de la sentencia de instancia —que se había declarado incompetente para conocer del despido de un trabajador extranjero sin permiso de trabajo—, la **STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 2003**, I.L. J 2614, recuerda que, tras la entrada en vigor Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en

-XII. El Proceso Laboral-

España, el contrato de trabajo es perfectamente válido y eficaz, con independencia de las responsabilidades penales o administrativas que pudieran derivarse del incumplimiento por el empleador de la prohibición de contratar a un extranjero sin permiso de trabajo. Pese a que en interpretación de la anterior normativa el propio TS había declarado que el contrato de trabajo era nulo cuando no se dispusiera del permiso de trabajo y que, en tal caso, el extranjero carecía de acción para accionar por despido, el TSJ afirma ahora que tal interpretación no es sostenible de acuerdo con Ley Orgánica 4/2000, cuyo art. 36.31 expresamente declara que la carencia de la correspondiente autorización no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, entre los que se incluye, a su entender, el ejercicio de la acción por despido.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Redactor. Falta de la nota de dependencia

La STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2003, I.L. J 2194, estima la excepción de falta de jurisdicción alegada por la empresa en el procedimiento por despido instado por quien en ningún momento estuvo integrado en el círculo organicista y rector del empresario. Según el relato de hechos, aun cuando el actor, redactor de profesión, prestaba servicios regularmente en dependencias de la demandada y con medios materiales de ésta, lo cierto es que no estaba sujeto a horario alguno y que podía decidir con absoluta libertad de criterio los temas y contenidos de sus artículos, sin que la empresa, por su parte, estuviera obligada a aceptar dichos artículos o a proporcionar trabajo al demandante, abonando únicamente los artículos efectivamente publicados contra la presentación de la correspondiente factura. Por ello, se concluye que en la relación entre las partes no concurre la nota de dependencia característica de la relación laboral, lo que determina la incompetencia de este orden jurisdiccional.

B) Personal estatutario de los Servicios de Salud. Cese en la comisión de servicios

Frente a la pretensión de la actora de que se declarase la nulidad del cese en una situación de comisión de servicios prorrogada por un período de tiempo inferior al que resulta preceptivo de acuerdo con la normativa reguladora del Personal al Servicio de la Administración del Estado (RD 364/1995, de 10 de marzo), la STSJ de Murcia de 16 de junio de 2003, I.L. J 2400, declara la incompetencia del orden social, puesto que se trata de un acto administrativo de provisión o derivado de la provisión de una plaza o puesto de trabajo; según argumenta el TSJ, el conocimiento de las pretensiones relativas a dichos actos administrativos está claramente reservado al orden jurisdiccional contencioso-administrativo por el art. 1 y Disposición Adicional Séptima de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas del personal estatutario de los Servicios de Salud, aplicable a la actora por tener tal condición.

C) Personal de la Administración Pública. Proceso de selección

Según establece la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 23 de mayo de 2003, I.L. J 2431, el orden social es incompetente para conocer de los conflictos suscitados por la provisión de puestos de trabajo por los organismos públicos. Con cita de la STS de 4 de octubre de 2000, aun cuando los puestos a proveer tengan naturaleza laboral, en la fase de selección previa a la contratación predomina en la administración el carácter de poder público, lo que determina la competencia del orden contencioso-administrativo. En cambio, será competente el orden social cuando tales conflictos se susciten con ocasión de la cobertura de los puestos por procedimientos de promoción interna, donde la administración actúa como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y en aplicación de normas de indiscutible carácter laboral.

D) Expediente de regulación de empleo. Prioridad de permanencia de representante sindical

Según razona la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de septiembre de 2003, I.L. J 2590, no cabe desvincular el acto extintivo de cada uno de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por un ERE de la resolución administrativa aprobatoria del mismo, al tratarse de un acto jurídico unitario de naturaleza administrativa que abarca tanto una cosa como la otra. En consecuencia, el orden social será incompetente para conocer de la demanda por despido que plantee un trabajador basándose en su mejor derecho a permanecer en la empresa por su condición de representante sindical, al estar íntimamente conexas tal pretensión con la extinción de su relación laboral individual, que no es sino una derivación o consecuencia final del procedimiento de regulación de empleo.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. RECLAMACIÓN PREVIA**A) Acto de conciliación instado frente a una Administración Pública. Suspende el plazo de caducidad de la acción de despido**

En el supuesto analizado por la STSJ de Cantabria de 14 de abril de 2003, I.L. J 2567, el trabajador despedido por una Administración Pública instó la celebración de acto de conciliación en lugar de la preceptiva reclamación previa. Aunque posteriormente formuló dicha reclamación, ya había transcurrido el plazo de caducidad de 20 días hábiles para la impugnación del despido, en lo que se basa la Administración demandada para oponer la caducidad de la acción. Siguiendo la doctrina del TS sobre el particular, el TSJ desestima dicha alegación considerando que cuando se advierte la indudable voluntad impugnatoria del actor, oportunamente manifestada –aunque por cauce irregular–, resulta excesivo, desde una perspectiva jurídico-material, truncar el derecho del litigante a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, dado que el instrumento previo al proceso, aunque inadecuado, cumple la finalidad de facilitar a la demandada el conocimiento de la pretensión de contrario, por lo que es válido para suspender el plazo de caducidad discutido.

-XII. El Proceso Laboral-

B) Validez de la representación otorgada al Sindicato en el acto de conciliación

La STSJ del País Vasco de 4 de noviembre de 2003, I.L. J 2698, conoce de la pretensión de nulidad del acto de conciliación instada por un trabajador despedido por su condición de candidato a las elecciones para representantes de los trabajadores. Denunciado por el actor —que finalmente fue elegido— el carácter discriminatorio del despido en la papeleta de conciliación, la empresa acordó con el sindicato representante en el acto de conciliación reconocer la improcedencia del despido y abonar la correspondiente indemnización. Según el recurrente, el acuerdo era nulo porque el sindicato carecía de poder de representación suficiente y porque se le privaba de ejercitar el derecho (irrenunciable a su juicio) de optar entre la readmisión o la extinción indemnizada de su contrato, lo que le correspondía como candidato electo. El TSJ desestima la pretensión del recurrente y recuerda que, según el art. 9 del RD 2756/1979, es válido el poder genérico otorgado a favor de los letrados del sindicato en la papeleta de conciliación —sin que sea necesario el apoderamiento notarial o *apud acta*—; además, siendo válido el apoderamiento, no es cierto que el sindicato truncara un derecho irrenunciable del actor, puesto que este mismo pudo haber pactado con la empresa su recolocación en lugar de la extinción indemnizada de su relación.

5. DEMANDA

A) Variación sustancial

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de septiembre de 2003, I.L. J 2330, considera que no puede apreciarse la existencia de variación sustancial de la demanda, puesto que en dicho escrito, la parte actora ya relataba la particularidad de los hechos denunciados, por lo que no puede la demandada alegar haberse visto sorprendida en el acto del juicio por tal planteamiento. La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de noviembre de 2003, I.L. J 2649 considera que en este procedimiento se produjo una variación sustancial de la demanda. Mas, producida dicha infracción y no advertida por el Juzgador, la demandada no puede efectuar la denuncia alegando indefensión cuando no efectuó en tiempo protesta y, por el contrario, realizó las alegaciones que estimó oportunas sobre la nueva pretensión.

B) Reconvención. Diferencias con la compensación

La STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2003, I.L. J 2214, distinguiendo entre la reconvención y la excepción de compensación, recuerda que la LEC no asimila procesalmente una figura a la otra, pues la primera es un instituto procesal —demanda reconventional— y la compensación es un modo de extinción de las obligaciones, un hecho extintivo de la pretensión para cuya alegación no se exigen los requisitos de la reconvención. En este sentido, la STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2003, I.L. J 2236, señala que la absorción y compensación puede ser reconocida judicialmente sin necesidad de reconvención, sin requerir tan siquiera invocación expresa de excepción.

6. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La **STSJ de Cataluña de 24 de julio de 2003**, I.L. J 2191, basándose en lo dispuesto por los arts. 27.2 y 182 LPL, desestima la suplicación planteada por entender que no puede acumularse una reclamación de cantidad a una demanda por vulneración de derechos fundamentales. La **STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003**, I.L. J 2610, se pronuncia en la misma línea, en un supuesto en el que se pretendía acumular una acción de despido y otra de cantidad. Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2003**, I.L. J 2229, señala que en el procedimiento especial de despido opera con mayor intensidad la limitación para introducir cuestiones nuevas en fase de ejecución, puesto que “(...) sus estrechos cauces impiden la acumulación de cualquier otra acción, ni siquiera por vía de reconvención (...)”.

7. EXCEPCIONES

A) Inadecuación de procedimiento

La **STS de 10 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2396, considera que el procedimiento adecuado para sustanciar una controversia relativa a la validez de un laudo arbitral, es el de impugnación de convenio colectivo (por ser aquella vía de solución extrajudicial de conflictos equivalente funcional del convenio o acuerdo colectivo) y no el de conflicto colectivo, como propuso la parte demandante. En este sentido, la **STSJ de Navarra de 22 de septiembre de 2003**, I.L. J 2604, declara la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo instado por una asociación de profesionales, puesto que el suplico de la demanda contenía pretensiones claramente individualizadas referidas a la situación regular o irregular de determinadas personas, siendo el conflicto individual, por tener como base la discusión un carácter singular. En cambio, la **STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003**, I.L. J 2695, rechaza la alegación de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, por entender que en este supuesto se dan los dos elementos exigidos por la jurisprudencia del TS para apreciar la trascendencia colectiva del proceso: el elemento subjetivo (vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores) y el elemento objetivo (consistente en que afecte a un interés general). Aplicando dicha jurisprudencia, la **STS de 5 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2736, estima la excepción de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo interpuesto por el sindicato actuante, por tratar de impugnar por esta vía un proceso electoral a miembros de las Comisiones de Control de Planes de Pensiones. Por otra parte, la **STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 2003**, I.L. J 2663, declara la inadecuación del procedimiento puesto que la modalidad procesal de clasificación profesional (la interpuesta por el actor), debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría superior, pero no cuando la clave de la decisión judicial se contraiga a la interpretación de preceptos legales o convencionales. Igualmente, la **STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2003**, I.L. J 2660, declara la inadecuación del procedimiento puesto que la reclamación de cantidad no es la modalidad procesal

-XII. El Proceso Laboral-

adecuada para solicitar las prestaciones de Seguridad Social derivadas de un accidente de trabajo. En cambio, la **STSJ del País Vasco de 27 de noviembre de 2003**, I.L. J 2703, desestima la alegación de inadecuación de procedimiento por entender que si el empresario, para fijar una nueva condición laboral, no ha seguido el régimen del art. 41 ET, tampoco resulta exigible —para impugnar dicha medida— acudir a la modalidad procesal regulada en el art. 138 LPL. Por último, la **STS de 1 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2425, realizando una interpretación finalista del art. 149.2 LPL, rechaza la alegación de inadecuación de procedimiento, pues considera que en este procedimiento iniciado de oficio, se trata de clarificar si ha existido o no una cesión ilegal de trabajadores, como cuestión prejudicial, a efectos de que la autoridad administrativa pueda resolver si procede o no la sanción propuesta por la Inspección de Trabajo.

B) Litisconsorcio pasivo necesario

La **STSJ de Cantabria de 12 de febrero de 2003**, I.L. J 2461, establece que el INSS no puede alegar falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que fue este organismo quien no llamó al procedimiento administrativo a los interesados que después identifica en sede procesal. La **STSJ de Murcia de 12 de junio de 2003**, I.L. J 2404, rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva y de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por considerar que la patología dimana del accidente sufrido por el deportista profesional cuando la actividad de éste se efectuaba para el club recurrente. En consecuencia, no existe ningún hecho que justifique la agravación o determinación de la incapacidad reconocida, cuando posteriormente el deportista se encontraba de alta por mejoría y prestaba servicios para otro club (por lo que tampoco procede la inclusión de éste como parte demandada en el procedimiento). En el mismo sentido, la **STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2003**, I.L. J 2340, rechaza la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por entender que la controversia, la pretensión y el interés se fija respecto a las actoras con el ayuntamiento demandado (a su vez, el recurrente en este proceso) y no con figuras societarias interpuestas. La **STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2003**, I.L. J 2574, rechaza también esta excepción y recuerda la jurisprudencia del TS que entiende que la relación jurídico-procesal se ha de constituir de modo que sean convocadas al proceso todas aquellas personas a quienes afecta la cuestión debatida. A su vez, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 2589, desestima la petición de nulidad de actuaciones de la empresa demandada (basada en el supuesto impedimento del juez de instancia de ampliar la demanda contra dicha empresa —tras desistimiento expreso de los actores— por estimar que podía existir litisconsorcio pasivo necesario), interpretando que los demandantes no podían renunciar a los derechos que tendrían en el caso de estimarse que había existido una sucesión de empresa. Por último, la **STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003**, I.L. J 2692, rechaza esta excepción (plantuada por no haberse incluido en la demanda a dos compañías aseguradoras que cubrían el riesgo objeto de reclamación), por entender que la solidaridad entre los sujetos responsables de un ilícito culposo, no determina una situación litis consorcial que obligue al perjudicado a demandar a todos ellos, bastando con demandar a uno solo como deudor por entero de reparar el daño causado.

C) Falta de legitimación activa

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de julio de 2003, I.L. J 2320, confirma el pronunciamiento de falta de legitimación activa del sindicato recurrente efectuado por la sentencia de instancia, por considerar que dicha legitimación corresponde exclusivamente a la trabajadora afiliada que inicialmente presentó la demanda sobre tutela de derecho de libertad sindical. Igualmente, la STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2003, I.L. J 2573, estima la falta de legitimación activa del sindicato demandante respecto de las pretensiones de trabajadores no afiliados a dicho sindicato. Por su parte, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 30 de junio de 2003, I.L. J 2445, aprecia una falta de legitimación activa *ad causam* en la parte actora, la cual acciona como “(...) persona física pero solicitando que se reconozca un derecho propio como (...) del comité de empresa (...)”, por entender que la representación unitaria no se encuentra legitimada para ejercer una demanda en materia de tutela de libertad sindical, si bien considera que en sentido estricto sí que existiría una legitimación procesal. Por último, la STSJ de Navarra de 29 de septiembre de 2003, I.L. J 2603, declara la falta de legitimación activa del miembro del comité de empresa que actúa como tal, por corresponder la legitimación al citado órgano colectivo.

D) Cosa juzgada

La STS de 23 de diciembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2269, no aprecia la existencia de esta excepción porque en el proceso previo se contemplaba el alcance objetivo de una bolsa de vacaciones en cuanto a los requisitos exigidos para percibirla, mientras que, en el proceso de autos, se discute la afectación del complemento al colectivo de mandos intermedios, es decir, el alcance subjetivo de dicho complemento salarial. Por su parte, la STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2003, I.L. J 2574, establece que el efecto positivo de la cosa juzgada en cuanto atribuye valor condicionante, no sólo a lo decidido en el fallo de una sentencia sino a sus elementos de decisión imprescindibles para el fallo, incide también en las relaciones entre órdenes: Pero al plantearse entre los que son distintos, no puede hablarse de cosa juzgada en sentido estricto, sino de eficacia de lo resuelto en uno de ellos cuando afecta a la resolución de otro. Respecto al efecto positivo de la cosa juzgada, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de septiembre de 2003, I.L. J 2585, entiende que este efecto se despliega con eficacia en este supuesto pues los sujetos, el objeto y la causa de pedir es la misma, al no haber cambiado las circunstancias que llevaron en su día a la Sala a reconocer el plus salarial reclamado. En cambio, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de septiembre de 2003, I.L. J 2586, considera que una sentencia previa desestimatoria de una pretensión no produce efectos de cosa juzgada positiva. La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de mayo de 2003, I.L. J 2529, entiende que debe estimarse la excepción de cosa juzgada material, en aplicación del principio general *non bis in idem*, que veda toda posibilidad de menoscabar los efectos de cualquier pronunciamiento judicial que haya adquirido firmeza. Para la STSJ de Cantabria de 16 de abril de 2003, I.L. J 2577, no existe cosa juzgada porque ambas pretensiones son distintas: en el primer caso se trataba de una resolución contractual y en el de autos se trata de una in-

-XII. El Proceso Laboral-

demnización por incumplimiento. Por último, la **STSJ del País Vasco de 4 de noviembre de 2003**, I.L. J 2699, declara que al caso debe aplicarse la concepción más flexible del efecto positivo de la cosa juzgada, esto es, que la vinculación entre dos procedimientos afecta también a aquellos elementos de decisión que, siendo condicionantes del fallo, no se incorporan a éste de forma específica; por lo que si en un pleito previo por despido se declaró de manera firme que la relación era indefinida, no puede en un proceso posterior obviarse ese dato.

E) Litispendencia

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 2321, considera que no existiendo litispendencia entre el proceso de conflicto colectivo y los procesos individuales que versan sobre el mismo objeto, el efecto que produce el proceso de conflicto colectivo, una vez que se interpone e inicia, sobre los citados procesos individuales, es el de suspender el trámite de los mismos hasta que adquiera firmeza la sentencia que ponga fin al primero.

F) Caducidad

La **STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2003**, I.L. J 2222, considera válida la presentación de una papeleta de conciliación por despido ante el Servicio de Correos, debiendo computarse como fecha de entrada en la Administración, a efectos de paralizar el cómputo del plazo de caducidad de 20 días hábiles, la de presentación del escrito ante dicho organismo. En este sentido, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2003**, I.L. J 2242, entiende que el plazo de caducidad no se interrumpe, ni tampoco se amplía, por la presentación de la papeleta de conciliación ante el Servicio de Correos. En cuanto a dicho plazo en relación con el despido, entiende la **STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2003**, I.L. J 2340, que se computará desde el cese del trabajador en la empresa y no desde el anuncio del cese. La **STSJ de Cantabria de 9 de abril de 2003**, I.L. J 2561, entiende que la solicitud de asistencia jurídica gratuita suspende los plazos de caducidad y dicha suspensión se extiende hasta la notificación del nombramiento del letrado. Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2322, señala que el plazo de caducidad fijado por el art. 138 LPL solamente se aplicará si la modificación sustancial de condiciones llevada a cabo en la empresa ha cumplido las exigencias del art. 41 ET. La **STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de junio de 2003**, I.L. J 2439, aprecia caducidad en la interposición de la demanda por despido, al desprenderse los factores del cómputo directamente de los hechos probados en la sentencia de instancia y ello pese a que la demandada no compareció al acto del juicio. La **STSJ de Cantabria de 14 de abril de 2003**, I.L. J 2567, entiende que no puede aceptarse 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. De otro lado, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 2355, considera que para apreciar la excepción de caducidad en suplicación, tras no haberse pronunciado la sentencia recurrida sobre este extremo, debería producirse inde-

fensión en la postura del recurrente, aspecto que no se cumple en este caso por cuanto la sentencia de instancia tiene todos los elementos de hecho necesarios para resolver la contienda. Por último, la **STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2003**, I.L. J 2661, argumenta que la ampliación de la demanda contra organismos que completan la personalidad jurídica de uno de los demandados, no constituye una nueva demanda, por lo que no puede entenderse caducada la acción de despido por haberse realizado dicho trámite una vez transcurridos veinte días hábiles desde la extinción contractual.

G) Prescripción

La **STS de 10 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2757, confirma la regla general establecida en el art. 45.3 LGSS: la obligación de reintegrar el importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cuatro años, y niega cualquier posible excepción de equidad a dicha regla general. La **STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2003**, I.L. J 2200, recuerda que al derecho a reclamar la antigüedad no se le aplica la prescripción mientras el contrato de trabajo siga vigente, sin perjuicio de que puedan prescribir las consecuencias que de tal reconocimiento se deriven. En el mismo sentido, aunque respecto a otro complemento salarial, se pronuncia la **STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003**, I.L. J 2695. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 30 de junio de 2003**, I.L. J 2459, estima la prescripción de la acción de conflicto colectivo por haber transcurrido más de un año, desde la fecha en que pudo ejercitarse dicha acción, sin que sea óbice para apreciar dicha excepción que la acción ejercitada se base en la impugnación de un acto contrario a derecho. La **STSJ de Murcia de 30 de junio de 2003**, I.L. J 2403, nos recuerda que el ejercicio de la acción declarativa (en este caso, reconocimiento de derecho a cobrar un complemento salarial) no interrumpe la prescripción, puesto que el derecho a reclamar la cantidad correspondiente se inicia desde que, devengada la correspondiente retribución, ésta no se abona en el momento legalmente previsto. La **STSJ de Cantabria de 2 de abril de 2003**, I.L. J 2558, de acuerdo con el art. 1973 CC, declara que la interrupción de la prescripción se produce no solamente por las reclamaciones judiciales, sino también por las extrajudiciales (como, en este caso, mediante una huelga para reclamar el pago de determinada retribución). En este mismo sentido, se pronuncian la **STSJ de Cantabria de 3 de abril de 2003**, I.L. J 2554, la **STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2003**, I.L. J 2622, y la **STSJ de Baleares de 12 de diciembre de 2003**, I.L. J 2711. De otro lado, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de noviembre de 2003**, I.L. J 2495, establece que el plazo de prescripción para reclamar una indemnización por extinción del contrato, se ve interrumpido por ejercer la acción de despido.

H) Falta de legitimación pasiva

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de noviembre de 2003**, I.L. J 2641, declara la falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento demandado, porque la relación laboral se había enablado entre la parte actora y una sociedad anónima municipal con personalidad jurídica propia e independiente, y con patrimonio separado del Ayuntamiento.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Prueba documental. Falta de aportación a los autos

La STSJ de Cataluña de 2 de junio de 2003, I.L. J 2449, declara que la no aportación al proceso de determinada prueba documental solicitada por la actora y admitida, no implica automáticamente que se tenga por confesa a la demandada: el art. 94.2 LPL establece una facultad del Juzgador y no una imposición. Además, en el caso analizado, quienes dejaron de aportar los documentos requeridos por la demandante no fueron parte en el proceso.

B) Prueba Testifical. Valoración

En una reclamación de horas extraordinarias, la parte demandante, a quien compete la carga de probar la realización de esas horas cuando la empresa lo niega, logró demostrar en la instancia lo reclamado mediante la práctica de las pruebas de confesión y testifical. La STSJ de Cataluña de 29 de septiembre de 2003, I.L. J 2227, confirma íntegramente la sentencia de instancia, desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la demandada en el que pretendía una valoración diferente de la prueba testifical, “(...) olvidando que corresponde en exclusiva al juez *a quo* la valoración de este medio de prueba y ni siquiera puede el Tribunal entrar a conocer del mismo para llegar, eventualmente, a una diferente conclusión (...)”.

C) Interrogatorio de las partes. No cabe proponerlo respecto de la propia parte

La STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2003, I.L. J 2206, rechaza la existencia de indefensión en un supuesto en el que la parte actora propuso su propio interrogatorio que fue rechazado por el Juzgador *a quo*. En interpretación del art. 301.2 LEC, la sentencia razona que como la parte demandada no propuso el interrogatorio de la parte actora, no cabe proponer el interrogatorio de la propia parte, “(...) lo que no impide que, finalizado el interrogatorio del proponente de la prueba, puedan el abogado o el Graduado Social del interrogado preguntarle, a su vez, sobre extremos relacionados con los hechos objeto del interrogatorio (...)”.

D) Falta de práctica de prueba admitida

La STSJ de Asturias de 17 de octubre de 2003, I.L. J 2593, desestima la petición de nulidad de actuaciones basada en no haberse practicado pruebas admitidas. La Sala estima que la nulidad de actuaciones representa una medida extraordinaria que únicamente debe acordarse en supuestos excepcionales que originen indefensión a las partes, lo que no ocurre en el presente supuesto. Igualmente, se razona que el actor debió formular la oportuna protesta en el acto de juicio o bien solicitar que se acordasen dichas pruebas para mejor proveer, lo que no hizo.

E) Denegación de prueba

Se alega por la recurrente la vulneración del art. 24 CE en relación con el art. 90.2 LPL al haberse inadmitido en la instancia las pruebas solicitadas. La **STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2003**, I.L. J 2540, desestima la petición de nulidad de actuaciones: la parte solicitante no reiteró dicha práctica en el momento procesal oportuno (proposición de prueba en el acto de juicio), haciéndolo sólo en la fase de conclusiones.

F) Acta de infracción. Valor probatorio

La **STSJ de Cantabria de 30 de abril de 2003**, I.L. J 2553, dispone que el acta de infracción de la Inspección de Trabajo tiene valor de documento público, cuyo valor probatorio es el que establece el art. 319.2 LEC. Por ello, los hechos que consten en el acta se tendrán por ciertos, salvo que otros medios de prueba desvirtúen su certeza.

G) Carga de la prueba. Inversión

Habiéndose aportado por los actores (miembros del comité de empresa y afiliados a CCOO) indicios suficientes sobre que la negativa de la empresa a abonarles determinados incentivos salariales se debía a una actitud de represalia por su militancia sindical, corresponde a la empresa justificar que su decisión se debe exclusivamente a criterios objetivos. Al no desarrollar la empresa prueba alguna tendente a acreditar dicha circunstancia, la **STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2003**, I.L. J 2693, estima el recurso de los demandantes, acogiendo la demanda de tutela de derechos fundamentales.

9. SENTENCIA**A) Incongruencia****a) Existencia**

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de julio de 2003**, I.L. J 2320, declara la existencia de incongruencia *extra petita* de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, ya que la misma se pronunciaba sobre unos hechos no alegados en la demanda, llegando incluso a condenar a la entidad demandada a cesar en una conducta que la actora no le había imputado. Sin embargo, la Sala no declara la nulidad de dicha sentencia, sino la eliminación en sus hechos, fundamentación y fallo de todas las referencias a la citada imputación. Para la Sala "(...) no tiene sentido declarar la nulidad de la sentencia en lo referente a aquellos extremos de la misma que sí fueron objeto de discusión y debate en la instancia (...)". La **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 2355, aprecia incongruencia en la sentencia de instancia por cuanto la misma obvió cualquier referencia a la excepción de caducidad que fue opuesta a la demanda y debatida en el proceso. Sin embargo, la Sala no declara la nulidad de la sentencia a fin de que el tema vuelva al trámite

inferior; el TSJ entra en el fondo de la cuestión, conociendo de dicha excepción, al existir los presupuestos necesarios para su examen. Existe incongruencia por dictarse un fallo contradictorio e imposible de cumplir en el caso analizado en la **STSJ de Extremadura de 21 de mayo de 2003**, I.L. J 2547: la sentencia de instancia falla la improcedencia de un despido y, a su vez, la resolución del contrato por voluntad del trabajador. La **STSJ de Cantabria de 2 de abril de 2003**, I.L. J 2571, declara la nulidad de la sentencia de instancia por no haber dado respuesta a la petición principal de nulidad del despido impugnado. Existe pues en este caso un defecto de incongruencia omisiva, “(...) no habiéndose ajustado la sentencia de instancia a lo pedido por la parte actora (...) ello ha podido impedir a la parte recurrente la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (...)”.

b) Inexistencia

La **STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2003**, I.L. J 2200, rechaza la invocación de incongruencia de la sentencia de instancia, precisamente porque en la misma, aun a pesar de existir un error meramente caligráfico, se resuelve estimando lo solicitado en la demanda, sin que exista falta de correlación entre la pretensión y la parte dispositiva de la sentencia. A su vez, la **STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003**, I.L. J 2202, también declara la inexistencia de incongruencia en la instancia, al haberse resuelto todas las cuestiones que fueron objeto de debate. Tampoco existe incongruencia en la sentencia de instancia para la **STSJ de Cataluña de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 2232; en este caso, la invocación de incongruencia se basaba en que en la instancia la sentencia omitió pronunciarse sobre determinadas excepciones que se habían establecido por una sentencia de suplicación anterior que había ordenado al Juzgado de lo Social entrar en el fondo del asunto. Para la Sala, no era estrictamente necesario reiterar en la fallo dichos pronunciamientos, bastando con atenerse a la cuestión principal. Tampoco existe incongruencia de la sentencia impugnada según la **STSJ de Andalucía (Granada) de 16 de septiembre de 2003**, I.L. J 2329. Con cita de múltiples SSTC, la sentencia razona que sólo existirá incongruencia si se alteran de forma decisiva los términos en que se desarrolla el debate, produciéndose un fallo que no se ajuste sustancialmente a lo pretendido por las partes. En consecuencia, no existe incongruencia aun cuando no haya pronunciamiento sobre alegaciones concretas no sustanciales. Del mismo modo, la sentencia declara que no cabe confundir indefensión con una solución adversa a los intereses de las partes. Otro supuesto en el que se desestima incongruencia en la instancia es el que analiza la **STSJ de Asturias de 17 de octubre de 2003**, I.L. J 2593: tratándose de un procedimiento de despido, se establecen términos comparativos entre las peticiones y el fallo, desestimándose todas las pretensiones del demandante. También desestima la pretensión de incongruencia la **STSJ de Valencia de 24 de abril de 2003**, I.L. J 2475, y la **STSJ de Cantabria de 26 de marzo de 2003**, I.L. J 2466, al igual que la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de noviembre de 2003**, I.L. J 2649, pues aunque el actor varió sustancialmente la demanda en el acto de juicio, la demandada no elevó protesta alguna, realizando las alegaciones oportunas sobre la nueva pretensión, y resolviendo la sentencia sobre todos los términos del debate.

B) Aclaración de sentencia. Alteración del fallo

La STSJ de Asturias de 16 de mayo de 2003, I.L. J 2510, repasa la jurisprudencia constitucional sobre la aclaración de sentencia. Con cita de las SSTC 231/1991, 23/1994, 122/1996 y 48/1999, esta sentencia dice textualmente que “(...) la jurisprudencia constitucional ha admitido que la rectificación implique alteración del sentido del fallo, sustituyéndolo por otro, cuando el error material manifiesto a rectificar consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial. Esto es cuando sea evidente que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo (...)”. Se citan expresamente por la STSJ de Extremadura de 21 de mayo de 2003, I.L. J 2547, las SSTS de 21 de marzo de 1994 y 23 de mayo de 2000, así como las SSTC 138/1985, 119/1988, 231/1991, 352/1993 y 23/1994, y se establece que la aclaración de sentencia debe ceñirse a rectificar errores materiales manifiestos y los aritméticos, y no a fin de corregir errores de calificación jurídica, ni para sustituir pronunciamientos de una sentencia firme por otros de signo contrario o diverso.

C) Hechos probados. Insuficiencia

La total insuficiencia de hechos probados en la sentencia de instancia es declarada por la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de mayo de 2003, I.L. J 2521. Se trataba de un procedimiento de reclamación de invalidez en el que el relato de hechos probados omitía datos esenciales como las funciones del actor, el eventual dolor o limitación de movilidad ocasionada por las dolencias y, en su caso, la intermitencia o carácter continuado de dichas limitaciones. En consecuencia, se declara la nulidad de la sentencia impugnada a fin de completar el relato fáctico.

10. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN**A) Descuento de lo percibido en otro empleo**

La STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2003, I.L. J 2349, realiza un interesante repaso a la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza de los salarios de tramitación. Con fundamento en la STS de 13 de mayo de 1991, Sala Cuarta, y citando otras posteriores de esa misma Sala, el TSJ declara el carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación, frente a una naturaleza salarial y sancionadora, de forma que lo percibido de otro empleo debe descontarse de lo que se adeude por la condenada en tal concepto, aun cuando el despido haya sido declarado nulo. A juicio de la Sala, de entenderse lo contrario, se estaría imponiendo al empresario una carga más gravosa que la pura indemnización del daño causado. Por su parte, la STSJ de Asturias de 24 de octubre de 2003, I.L. J 2602, razona sobre la posibilidad de descontar los salarios percibidos de otro empleador de los salarios de tramitación devengados durante la fase de recurso. Mientras

-XII. El Proceso Laboral-

que el trabajador ejecutante mantiene que el ejecutado sólo puede proceder a dicho descuento si prueba el importe de lo percibido, la Sala declara que su carga probatoria debe centrarse en la ocupación retribuida al servicio de otro empleador, ya que no dispone de medios para averiguar el importe realmente percibido. Sin embargo, como importe y devengo no son términos equivalentes, el empresario deberá probar lo percibido si quiere descontarlo de la deuda, ya que en otro caso, el descuento se cifrará en el SMI. Según la **STSJ del País Vasco de 18 de noviembre de 2003**, I.L. J 2705, no procede descuento de los salarios percibidos en otro empleo, pues ni se probó por la empresa la actividad de la cooperativa de la que el actor fue nombrado administrador único, ni se acreditó que tal cargo fuera retribuido.

B) Consignación

La **STSJ del País Vasco de 25 de noviembre de 2004**, I.L. J 2709, condena al abono de los salarios de tramitación por cuanto, aun a pesar de haberse consignado judicialmente la indemnización correspondiente (i) dicha cantidad resultó muy inferior a la calculada por al Magistrado de instancia sin que pueda declararse que existe un error excusable, (ii) no se ofreció la indemnización ni se reconoció la improcedencia del despido en el acto de conciliación previo, y (iii) no consta que la consignación efectuada fuera puesta en conocimiento de los actores.

C) Suspensión del procedimiento a instancias del actor

La **STSJ de Cataluña de 25 de noviembre de 2003**, I.L. J 2685, declara que no puede hacerse responsable a la empresa de los salarios correspondientes al período en el que el procedimiento quedó suspendido a instancias del actor, quien pidió archivo provisional de las actuaciones y posteriormente su desarchivo al no ser posible llegar a un acuerdo transaccional.

11. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La **STS de 19 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2263, establece que no es necesaria la alegación y prueba de la afectación general cuando la cuestión debatida posea claramente un contenido de generalidad indiscutido por las partes. Las **SSTS de 31 de octubre, 17 de noviembre, 23 de diciembre y 26 de diciembre de 2003**, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 2241, 2254, 2265 y 2273, respectivamente, además de analizar en profundidad las distintas modalidades de apreciación de la afectación general, establecen que la constatación de la existencia de afectación general es una materia de competencia funcional que, como tal, puede ser examinada de oficio por la Sala *ad quem*, sin necesidad de que sea alegada o discutida por las partes. Asimismo, la **STS de 20 de noviembre de 2003**, I.L. J 2413, establece que la afectación general ha de entenderse como una situación genera-

lizada de conflicto apreciada por el Juez, pudiendo existir aunque no se hayan incoado muchos procesos judiciales.

b) Autos recurribles

La STSJ del País Vasco de 14 de octubre de 2003, I.L. J 2376, reitera la numerosa doctrina del TS: admite la procedencia de la suplicación contra los autos dictados en incidentes de no readmisión en ejecución de sentencia firme de despido, pues se entiende que lo debatido en estos casos afecta a un aspecto sustancial de la sentencia ejecutada. La STSJ de Valencia de 14 de abril de 2003, I.L. J 2474, establece que si por razón de la cuantía no cabe recurso contra la sentencia ejecutada, tampoco lo cabrá contra los autos que deciden sobre los intereses procesales derivados de dicha sentencia, independientemente de que la cuantía de los intereses exceda el mínimo establecido para el acceso al recurso de suplicación.

B) Cuestión nueva

La STSJ del País Vasco de 23 de septiembre de 2003, I.L. J 2335, no entra a analizar el fondo de la cuestión litigiosa por entender que se ha introducido una cuestión nueva en el debate procesal de forma extemporánea. Concretamente, la Sala entiende que se introduce una cuestión nueva cuando el recurrente varía la causa de pedir al sustentar su pretensión en un convenio colectivo distinto a aquél al que inicialmente se refirió.

12. RECURSO DE QUEJA. FINALIDAD

De conformidad con el Auto del TSJ de Cantabria de 26 de marzo de 2003, I.L. J 2466, en los casos en los que el recurso de suplicación pretenda basarse en el art. 189.1.d) LPL, la Sala, en el trámite de queja, ha de analizar si existen indicios de la concurrencia de las infracciones procesales alegadas, para, en caso de no existir, abortar cualquier intento de dilación artificiosa del proceso.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. CONTENIDO CASACIONAL

De acuerdo con la STS de 11 de diciembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2419, la falta de agotamiento de la vía previa a la vía judicial carece de acceso a este recurso, por tratarse de un recurso extraordinario que únicamente puede entablarse con base en motivos legalmente tasados y no encajar aquella presunta infracción en ninguno de los motivos recogidos en el art. 205 LPL.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Obtención de documentos decisivos

La STS de 23 de diciembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2395, mantiene que la sentencia de un orden jurisdiccional distinto dictada con posterioridad a la sentencia objeto del recurso, carece de eficacia revisora a estos efectos por no tratarse de un documento decisivo retenido por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado la sentencia que se pretende revisar.

B) Maquinación fraudulenta

La STS de 23 de diciembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2293, establece que el hecho de que el empresario realizase despidos objetivos individuales, cuando en razón al número de trabajadores afectados debería haber realizado un ERE, no supone una maquinación fraudulenta que permita estimar el recurso de revisión interpuesto por un trabajador que fue despedido individualmente. La STS de 12 diciembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2748, estima la existencia de maquinación fraudulenta por parte del representante legal del demandante al acreditarse que pese a conocer que el domicilio de la demandada había variado, lo ocultó al órgano jurisdiccional. Dicha circunstancia quedó acreditada porque el mismo individuo, en otro proceso seguido contra la misma demandada, sí comunicó al órgano judicial la variación del domicilio a efectos de realizar con éxito las citaciones necesarias.

15. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Cumplimiento en sus propios términos

La STS de 9 de diciembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2286, analiza un caso en el que la demandada fue condenada a abonar unas determinadas cantidades mientras los actores continuaran prestando servicios en un determinado nivel profesional. De acuerdo con el TS, dicho pronunciamiento ha de ser llevado a efecto en sus propios términos como ordena el art. 239 LPL, debiendo ser la demandada la que corra con la carga de acreditar que las circunstancias a las que se refiere el fallo de la sentencia han variado. Mientras no consiga acreditar dicha variación, la demandada deberá seguir cumpliendo con la sentencia; si no lo hace voluntariamente, procederá su ejecución forzosa sin necesidad de que los actores incoen nuevos procedimientos.

B) Despido. Readmisión

De acuerdo con la STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2003, I.L. J 2618, la readmisión seguida de un nuevo despido es perfectamente válida a los efectos de cumplir en sus propios términos una sentencia declarando el despido nulo. Sin embargo, tal despido constituye una decisión extintiva nueva que tiene efectos desde ese momento y que no subsana la primitiva decisión extintiva declarada nula. Por otra parte, la STSJ de Anda-

lucía (Granada) de 5 de junio de 2003, I.L. J 2441, establece que la procedencia y, en su caso, determinación de la cuantía de la indemnización adicional establecida en el art. 279.2 LPL para el caso de no readmisión constituye una decisión discrecional para el Juez. Por ello, sólo se fijará la indemnización adicional establecida en el mencionado artículo si, atendiendo a las circunstancias concurrentes y los perjuicios causados, el Juez considera oportuno compensar más ampliamente al trabajador por su no readmisión.

16. TEMERIDAD Y MALA FE

De acuerdo con la STSJ del País Vasco de 18 de noviembre de 2003, I.L. J 2704, para que exista mala fe procesal debe haberse probado que a lo largo del proceso ha existido una dudosa conducta de uno de los litigantes con fines engañosos o defraudatorios. La mencionada sentencia considera que no existe esa mala fe por el mero hecho de despedir injustificadamente a un trabajador cuando se encontraba de baja por un accidente de trabajo.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

SERGIO PONCE RODRÍGUEZ

IKER RAMÓN PRIOR GARCÍA

ARNAU SENA SERRANO

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:****1. El recargo de prestaciones por omisión de las medidas de seguridad.**

A) Naturaleza jurídica. B) Aplicación. C) Requisitos. a) Determinación del nexo causal adecuado.

D) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista.

a) Concepto de propia actividad. E) Compatibilidad con la indemnización por daños y perjuicios. F) No comporta violación del principio *non bis in idem*. G) Procede interponer el recurso de suplicación. H) Fijación de los criterios para la graduación del porcentaje.

2. La imposición de sanciones ante la ausencia de medidas de seguridad.

A) Compensación económica por los daños y perjuicios: contenido. B) Graduación de las sanciones: criterios y aplicación del principio de proporcionalidad.

3. La responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo.

A) Naturaleza.

B) Requisitos. C) Inexistencia. D) Compatibilidad con otras responsabilidades.

4. La prevención de riesgos laborales.

A) Contenido del deber de seguridad: Formación e instrucción de los trabajadores. B) El cambio de puesto de trabajo. C) Tipo de empresas incluidas.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en las crónicas 13 a 16 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales I.L. J 2187-2761, año 2003).

El análisis de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales no aporta grandes novedades respecto a anteriores comentarios. Así, el recargo de prestaciones y la existencia de responsabilidad empresarial sigue siendo el objeto de estudio jurisprudencial prioritario. Como principales aportaciones de esta edición cabe resaltar la negativa a cambiar a un trabajador de puesto de trabajo por no existir vacante disponible y la importancia que se

da a la correcta formación de los trabajadores para evitar la responsabilidad empresarial en caso de accidente de trabajo.

1. EL RECARGO DE PRESTACIONES POR OMISIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Naturaleza jurídica

La STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 2003, I.L. J 2205, al igual que los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2003, I.L. J 2429, de Cantabria, de 24 de abril de 2003, I.L. J 2569, y de Cataluña, de 27 de noviembre de 2003, I.L. J 2696, afirma el carácter eminentemente sancionador del recargo de prestaciones. Como consecuencia de ello, se exige, por un lado, la existencia de un incumplimiento por parte del empresario de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Y, por otro, su aplicación restrictiva y únicamente en los casos en los que se haya producido una infracción de las normas generales o particulares de seguridad exigibles en la actividad laboral por ser las adecuadas, atendidas las circunstancias concurrentes y la diligencia exigible al normalmente prudente empleador.

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2003, I.L. J 2429, al igual que la STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003, I.L. J 2696, profundiza un poco más en este aspecto al afirmar que la finalidad del recargo es evitar accidentes de trabajo originados por infracciones del empresario, sujeto responsable principal de este deber. Con ello se trata de impulsar, de una manera coercitiva y de forma indirecta, el cumplimiento de este deber empresarial, incrementando específicamente sus responsabilidades y evitando, con ello, que a la empresa le sea menos gravoso indemnizar al trabajador accidentado que adoptar las medidas de seguridad oportunas.

Por todo ello, el recargo no puede ser objeto de aseguramiento público o privado ni tampoco se puede descontar de la indemnización por daños y perjuicios que, en su caso, corresponda al trabajador.

Pero junto a este aspecto sancionador, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de mayo de 2003, I.L. J 2533, recuerda la faceta prestacional del recargo. Así, se trata que el trabajador vea incrementadas las prestaciones de la seguridad social derivadas del accidente de trabajo, aunque diferencia el funcionamiento del recargo de otras prestaciones asistenciales de la seguridad social. En este sentido, y teniendo en cuenta su naturaleza sancionadora, el recargo no se aplica a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social dado que, a pesar de estar incluidas en la acción protectora de la seguridad social, no le son de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la seguridad social.

B) Aplicación

La STSJ de Galicia de 20 de junio de 2003, I.L. J 2486, analiza específicamente la aplicación del recargo de prestaciones afirmando que el mismo, dada su naturaleza extraordinaria y punitiva, ha de realizarse de manera restrictiva. Ello significa, por un lado, que siempre ha de existir una infracción específica en materia de seguridad sin que pueda fundamentarse en una vulneración de un precepto que imponga obligaciones genéricas. Y, por otro, que la medida punitiva se base en la existencia de un nexo causal entre la infracción y el accidente de trabajo.

C) Requisitos

La STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 2003, I.L. J 2205, enumera los tres requisitos que tienen que concurrir para la aplicación del recargo de prestaciones.

En primer lugar, se tiene que producir la existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. En segundo lugar, dicho accidente o enfermedad ha de tener su origen en un incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene, ya generales ya específicas. Y, en tercer lugar, entre el incumplimiento empresarial y el accidente se debe constatar la existencia de un nexo de causalidad.

De los tres requisitos, el que determina la aplicación o no del recargo en los casos analizado es el tercero.

a) Determinación del nexo causal adecuado

En la STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2003, I.L. J 2671, el Tribunal exige una conexión causal adecuada entre el siniestro productor del resultado lesivo para la vida o integridad de los trabajadores y la conducta pasiva del empresario consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por la legalidad vigente. Para ello habrá que atender las circunstancias concurrentes de cada caso y la diligencia exigible a un prudente empleador con criterios ordinarios o de normalidad, para prevenir o evitar una situación de riesgo para la vida o salud de los trabajadores.

Del estudio de las Sentencias analizadas se deduce que dos son las causas principales en las que se basan los Tribunales para constatar o no la concurrencia de un nexo causal. En primer lugar, si el trabajador está formado o ha recibido la suficiente formación por parte de la empresa para desempeñar sus tareas. Y, en segundo lugar, si concurre o no imprudencia temeraria por parte del trabajador que rompa dicho nexo causal.

En referencia al primer aspecto, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su STSJ de 21 de junio de 2003, I.L. J 2481, entiende que dicho nexo concurre, y que por lo tanto existe una omisión, ya que la empresa no acredita haber proporcionado a los trabajadores formación adecuada y suficiente acerca del funcionamiento de la máquina en cuestión y los riesgos inherentes al mismo.

Dentro de este mismo apartado, la STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2003, I.L. J 2369, declara culpable a la empresa recurrente por no adoptar una serie de medidas que hubieran evitado el daño como, por ejemplo, proporcionar al trabajador un puesto acorde con sus conocimientos; instruirle adecuadamente en el manejo de la máquina y en los riesgos que debía asumir; emplearle en tareas más acordes con sus conocimientos, o adoptar las medidas de seguridad exigibles teniendo en cuenta las características de la máquina y las cualidades del trabajador.

En cuanto a la segunda causa, la posible concurrencia de una imprudencia temeraria por parte del trabajador que rompa el nexo causal, las SSTSJ de Cantabria, de 24 de abril de 2003, I.L. J 2569, y de Cataluña de 19 de noviembre de 2003, I.L. J 2671, señalan que el empresario tiene la obligación de prever las distracciones o imprudencias que pudiera cometer el trabajador, siempre que éstas no sean temerarias, esto es, que el trabajador acepte un riesgo innecesario que ponga en peligro su vida o integridad física. Sin embargo, el hecho de que el trabajador incurra en cierta imprudencia no elimina, de por sí, la responsabilidad del empresario, ya que esta hipotética actuación del trabajador sólo se tendrá en cuenta para la graduación del recargo dentro de los límites legalmente establecidos.

En este sentido, el Tribunal entiende que únicamente concurre imprudencia temeraria cuando:

“el trabajador, consciente y voluntariamente contraría las órdenes recibidas del patrono, o las más elementales normas de precaución, prudencia y cautela exigidas a toda persona normal o, lo que es lo mismo, la asunción libre y consciente por el trabajador de un riesgo cierto, de excepcional gravedad y debido a circunstancias ajenas al trabajo”.

D) Responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y subcontratista

La STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2204, analiza el reparto de responsabilidad entre la empresa contratista y subcontratista a la hora de fijar el recargo de prestaciones.

Así, fija que a la empresa contratista le corresponde vigilar que el trabajo que realizan sus trabajadores en otro centro se realice con las debidas condiciones de seguridad e higiene para garantizar la salud laboral. Ello es consecuencia de que la empresa principal es la deudora de seguridad con sus trabajadores y, como consecuencia de ello, su obligación es vigilar la integridad física de sus trabajadores como parte de su obligación contractual con independencia de dónde se realice la prestación laboral.

Este deber de vigilancia es expresión del deber de colaboración y cooperación, establecido en el art. 24 de la LPRL, deber que existe entre la empresa contratista y subcontratista en la aplicación de las medidas de seguridad e higiene. Por ello, la empresa contratista

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

no puede desentenderse de la integridad física del trabajador por el hecho de que la prestación no se realice en la empresa principal.

A su vez, la **STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003**, I.L. J 2696, ahonda en el reparto de responsabilidades entre la empresa principal y la contratista al señalar los dos requisitos que tienen que concurrir. En primer lugar, que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal y, en segundo lugar, que los servicios u obras contratados correspondan a la propia actividad.

a) Concepto de propia actividad

La **STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003**, I.L. J 2204, analiza el concepto de propia actividad en el ámbito de la prevención de riesgos laborales.

En este sentido, el Tribunal parte de que el recargo de prestaciones se impone ante un incumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo sin importar tanto, en esta materia, que las empresas involucradas cumplan o no los requisitos del art. 42 del ET, en este caso, si se dedican o no a la misma actividad.

En palabras del propio Tribunal lo que importa es que:

“el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal o en relación con lugares, centros de trabajo o dependencias de ésta, y que, además, los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella. (...) Es el hecho de la producción del accidente dentro de la esfera de la responsabilidad del empresario principal en materia de seguridad e higiene lo que determina, en caso de incumplimiento, la extensión a aquél de la responsabilidad en la reparación del daño, responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control. (...) Por ello, lo importante no es la calificación como que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa y dentro de su esfera de responsabilidad”.

E) Compatibilidad con la indemnización por daños y perjuicios

Siguiendo la Doctrina del TS, establecida en unificación de doctrina en la sentencia de 2 de octubre, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2003**, I.L. J 2369, afirma que el importe del recargo no debe deducirse de la indemnización por daños y perjuicios a que tenga derecho el trabajador ya que, lo contrario, supondría vaciar de contenido a esta figura.

En este sentido, la **STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2003**, I.L. J 2569, recuerda que la finalidad de esta institución no es otra que evitar accidentes y reducir el alto índice de siniestralidad laboral. En este sentido, a la empresa no le puede resultar menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas de seguridad, indemnización que

debe fijarse con arreglo a la gravedad de la infracción y no del daño, es decir, con independencia del concreto perjuicio realmente sufrido.

En parecido sentido se pronuncia la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2003**, I.L. J 2429. Así, la finalidad del legislador es crear una desigualdad objetiva y razonable entre el empresario que cumple y el que no cumple con su deber de seguridad. Por ello, no se trata de que la cantidad que pague el empresario redunde en beneficio de la Seguridad Social para integrar un posible fondo de compensación de accidentes de trabajo sino que el accidentado o sus causahabientes vean incrementadas las prestaciones económicas ordinarias a las que tengan derecho.

F) No comporta violación del principio *non bis in idem*

Una de las causas más alegadas contra la aplicación del recargo de prestaciones es que el mismo comporta una violación del principio *non bis in idem*.

Así, la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2003**, I.L. J 2429, analiza el significado del principio *non bis in idem* aclarando que esta regla jurídica no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden siempre que se contemplen desde perspectivas diferentes. Ello significa que, por su propia naturaleza, este principio únicamente podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones frente al intento de sancionar, de nuevo, unos hechos ya sancionados o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior.

Sin embargo, éste no es el caso del recargo de prestaciones. En este sentido, al igual que la postura mantenida por el Tribunal en la **STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2003**, I.L. J 2569, se afirma que el recargo de prestaciones y la sanción administrativa no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, pues mientras el recargo crea una relación indemnizatoria empresario-perjudicado, la sanción administrativa se incardina en la potestad estatal de imponer la protección a los trabajadores.

Además, tampoco puede olvidarse que el recargo pretende imponer consecuencias más gravosas para los accidentes acaecidos con infracción de las medidas de seguridad y salud en el trabajo. Por ello, nada tiene que ver el recargo de prestaciones con las indemnizaciones que, en orden al pago de las responsabilidades, puedan recaer sobre el empresario que ha incumplido sus obligaciones en materia de seguridad social.

G) Procede interponer el recurso de suplicación

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de mayo de 2003**, I.L. J 2533, distingue, a la hora de determinar si cabe el recurso de suplicación en el recargo de prestaciones, entre pleitos que versan sobre el reconocimiento o denegación de una prestación de seguridad social, y aquellos otros que se suscitan no sobre la prestación en su integridad

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

sino sobre aspectos de la misma, en particular sobre las diferencias en la cuantía reconocida por el ente gestor y la reclamada por el beneficiario.

En este caso, al tratarse de la declaración de la procedencia o no del recurso por la falta de medidas de seguridad ha de concluirse que procede interponer el recurso de suplicación.

H) Fijación de los criterios para la graduación del porcentaje

La STSJ de Cantabria de 24 de abril de 2003, I.L. J 2569, analiza si la concurrencia de una cierta imprudencia por parte del trabajador puede traducirse en una compensación de culpas o, más concretamente, en una concurrencia causal. El Tribunal rechaza esta posibilidad afirmando que la imprudencia del trabajador podrá tenerse en cuenta únicamente como elemento valorativo para cuantificar el recargo pero no para negar la aplicación del recargo, puesto lo que realmente importa es el incumplimiento empresarial de su obligación contractual de seguridad. De igual manera, se expresa la STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2003, I.L. J 2671.

En cuanto a la modulación del porcentaje del recargo, las SSTSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2204, y de 27 de noviembre de 2003, I.L. J 2696, indican que la fijación exacta de la cuantía del recargo de prestación se hará teniendo en cuenta la gravedad de la falta y la negligencia empresarial. Ello supone reconocer al juez de instancia un amplio margen de discrecionalidad, margen que será correcto siempre y cuando el juez actúe conforme a los parámetros de racionalidad y proporción en la fundamentación del porcentaje, con la posibilidad de control ulterior por el órgano *ad quem* en el caso de que se constate que no se ha actuado de este modo.

2. LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ANTE LA AUSENCIA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Compensación económica por los daños y perjuicios: contenido

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2003, I.L. J 2429, señala que, tanto el trabajador como sus causahabientes tienen, como regla general, derecho a una reparación íntegra, no sólo por las consecuencias que el accidente de trabajo pueda tener en el ámbito laboral sino también por lo que afecte a aspectos de su vida personal, familiar o social, tanto suya como de las personas que del mismo dependan. Ello no puede suponer, sin embargo, que los perjudicados puedan enriquecerse injustamente percibiendo cantidades por encima del límite racional de una compensación plena.

B) Graduación de las sanciones: criterios y aplicación del principio de proporcionalidad

La STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2003, I.L. J 2204, señala los criterios que hay que tener en cuenta a la hora de ponderar las faltas. En este sentido, serán la peligrosidad de las actividades, el número de trabajadores afectados, la actitud o conducta general de la

empresa en materia de prevención, así como las instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observancia de estas medidas reglamentarias.

La concreta determinación de la sanción es una facultad discrecional del juez ante la fatal de un criterio legal, únicamente revisable por errores manifiestos. Deberá ser proporcional a la infracción infringida, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos, el grado de culpabilidad y criterios que puedan servir de referencia. Por lo tanto, es una facultad discrecional del juzgador a quo que sólo puede ser revisada ante un manifiesto error, evidente desproporción o falta de toma en consideración de los elementos necesarios para determinar la cuantía, según señala la **STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 2003**, I.L. J 2369. En este sentido, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de julio de 2003**, I.L. J 2316, considera como atenuante la existencia de medidas de protección colectivas por lo que procede imponer la sanción en su grado mínimo.

3. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

A) Naturaleza

La **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2003**, I.L. J 2429, al igual que la **STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003**, I.L. J 2696, delimita el deber de protección del empresario como un deber incondicionado y prácticamente ilimitado. Como consecuencia de ello, al empresario le corresponde adoptar todas las medidas de seguridad que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran, incluidos los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador.

Así delimitada, estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva y universal, cuasi objetiva del empresario en la que la conducta del trabajador presenta una escasa incidencia, según se afirma en las **SSTSJ de Andalucía (Granada) de 22 de julio de 2003**, I.L. J 2316, de **Castilla y León (Valladolid) de 26 de mayo de 2003**, I.L. J 2533, y de **Cataluña de 27 de noviembre de 2003**, I.L. J 2696.

Por todo ello, su abono es una responsabilidad directa y exclusiva del empresario como consecuencia de su carácter sancionador. Además, tanto por su naturaleza como por su no configuración como una verdadera prestación de la Seguridad Social, impide que pueda ser objeto de aseguramiento público o privado, tal y como afirma la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2003**, I.L. J 2429.

B) Requisitos

En la **STSJ de Cataluña de 27 de noviembre de 2003**, I.L. J 2696, el Tribunal enumera los presupuestos que tienen que concurrir para que exista responsabilidad empresarial.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

En primer lugar, la existencia de una vulneración u omisión por parte del empresario, perfectamente identificable, de la normativa de seguridad que origine, en segundo lugar, un ilícito que comporte una lesión para el trabajador; en tercer lugar, que exista un nexo causal entre la infracción y accidente ocasionado por el incumplimiento empresarial. Al hilo de este aspecto, al empresario le corresponde vigilar que los trabajadores cumplan la normativa, siendo necesarias órdenes concretas de su aplicación. Y, por último, una conducta culpable del empresario, culpabilidad que no concurre si el evento se produce de manera fortuita, imprevista o imprevisible o por imprudencia temeraria del trabajador.

C) Inexistencia

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 28 de mayo de 2003, I.L. J 2429, entiende que existe una exoneración de responsabilidad empresarial puesto que el accidente se generó por una sobrecarga de la capacidad máxima de la grúa y no por una omisión del deber de seguridad. Esta situación no permite estimar la existencia de culpa alguna concreta del empresario ni deducir que la muerte del trabajador guarda relación con cualquier omisión de los cuidados o atenciones debidas, lo que supone la necesidad de constatar en cada caso que el acto negligente antecedente se presenta como la causa necesaria del efecto dañoso producido.

D) Compatibilidad con otras responsabilidades

La STSJ de Galicia de 21 de junio de 2003, I.L. J 2481, sostiene que la responsabilidad social del empresario es independiente de la civil, penal o administrativa debido a los distintos fines que persiguen cada orden jurisdiccional. Ello implica que aunque el empresario sea absuelto penalmente puede, desde otra perspectiva probatoria, ser condenado o absuelto en vía laboral.

Esta postura es la mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de mayo de 1984, que entiende que el Magistrado de lo social no está vinculado a lo resuelto en causa criminal, dado que los módulos para su verificación y valoración no son similares al operar sobre culpas y normas distintas. Así, el problema se aborda desde una óptica distinta debido al reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los distintos órdenes jurisdiccionales, por lo que corresponde a cada uno de ellos decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellos se ejerciten.

4. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Contenido del deber de seguridad: Formación e instrucción de los trabajadores

Dentro del deber genérico de seguridad que tiene el empresario, quedan incluidas tanto la adopción de medidas preventivas para evitar los riesgos como la formación e información necesaria para que el trabajador pueda hacer frente a los mismos, tal y como indican el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en STSJ de 21 de junio de 2003, I.L. J 2481, y la STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2003, I.L. J 2634.

En esta misma línea, se expresa la STSJ de Galicia de 20 de junio de 2003, I.L. J 2486. El órgano jurisprudencial entiende que existe una vulneración del deber de seguridad no sólo en el supuesto de que el empresario no proporcione los mecanismos adecuados de seguridad sino también si no instruye a los trabajadores sobre su utilización y obliga a su uso. Por lo tanto, la insuficiencia de la formación es una causa válida de infracción. Es más, incluso la asignación de funciones ajenas a la categoría profesional sin tener la titulación y formación necesarias se considera igualmente causa suficiente para, en el caso de que exista un accidente, proceda la imposición del recargo al tratarse de una actitud negligente por parte de la empleadora.

B) El cambio de puesto de trabajo

La STSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2003, I.L. J 2770, entiende que la aplicación del art. 25.1 LPRL procede tanto en los casos en los que los trabajadores presentan problemas de adaptación al puesto de trabajo en el momento del inicio de la prestación de servicios, en cuyo caso la asignación del puesto de trabajo dependerá del resultado de la evaluación previa, como en el supuesto de incompatibilidad sobrevenida con carácter transitorio una vez iniciada la relación laboral. En este último caso, una vez superada la situación de incompatibilidad, el trabajador tiene derecho a recuperar su puesto de trabajo habitual.

Sin embargo, en este caso concreto, teniendo en cuenta que el trabajador no se encontraba en ninguna de las dos situaciones descritas ya que su dolencia era de carácter permanente y ante la ausencia de regulación legal de estos casos, no procede el cambio de puesto de trabajo ya que no existía en la empresa una vacante que se adaptase a las necesidades del trabajador.

C) Tipo de empresas incluidas

La STSJ de Cataluña de 9 de octubre de 2003, I.L. J 2634, el Tribunal señala que el art. 3.2 de la LPRL obliga a todos los empresarios a cumplir con la normativa general en materia de prevención de riesgos laborales, sean cuales sean su actividad y naturaleza jurídica. En este supuesto, se trataba de una empresa de vigilancia y seguridad privada que solicitaba la inaplicación de la Ley entendiendo que estaba excluida al tratarse de un ámbito de funciones públicas. Es más, en este caso concreto, y dada la peligrosidad y el riesgo que conlleva la actividad de estas empresas, el Tribunal entiende que la protección y formación de los trabajadores debe ser reforzada.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

M.Á. MENÉNDEZ GONZÁLEZ
Manual para la formación de operadores de grúa torre

[Lex Nova, 6ª edición, Valladolid, julio 2004, 296 páginas]

LEX NOVA

La sexta edición del presente manual, que surge tras la excelente acogida de las ediciones precedentes, da respuesta a la creciente demanda de formación referente a la actividad profesional de operador de grúa torre, y su principal objetivo es contemplar todos los aspectos, tanto prácticos como teóricos, que la norma UNE 58-101-92 señala como de necesario conocimiento para obtener el carné habilitante para el ejercicio de dicha actividad.

MENÉNDEZ GONZÁLEZ se beneficia de la labor realizada por la Fundación Laboral de la Construcción del Principado de Asturias, que constituyó un importante equipo de profesionales y técnicos, y así, de forma práctica y sencilla, desgana los aspectos más importantes de la norma mencionada a lo largo de diez unidades, cuyos contenidos han sido adecuados a los módulos formativos de la familia profesional de Edificación y Obras Públicas: “Tareas previas a la producción con la grúa torre”, “Trabajos con la grúa torre” y “Mantenimiento de grúas”.

Este manual está especialmente pensado para profesionales de la construcción y obras públicas, inspectores laborales, abogados laboristas y graduados sociales, entre otros. Cabe destacar, por otro lado, el marcado carácter pedagógico de esta obra, pues, al final de cada unidad, contiene un cuestionario de autoevaluación que permite valorar el nivel adquirido.

R. DÍAZ MOLINER
Guía práctica para la prevención de riesgos laborales

[Lex Nova, 4ª edición, Valladolid, julio 2004, 744 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía, que ya alcanza su cuarta edición, recorre el largo itinerario que supone el examen de los distintos aspectos en los que tiene presencia la normativa de prevención de riesgos laborales. A lo largo de sus doce capítulos, el autor aborda, de forma minuciosa, el estudio de cada aspecto singular de la temática en cuestión pues es de una de las que mayor repercusión tienen sobre el trabajador.

El primer capítulo del libro, además de contemplar la normativa internacional sobre la materia a través de la OIT, establece su evolución en el ámbito nacional, en el que destaca como auténtica norma básica, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

Bajo el Título de Derechos y Deberes, el capítulo segundo se dedica a la definición y regulación de los derechos y obligaciones que surgen en torno a la existencia de riesgos laborales y su posible prevención. En este sentido, el derecho fundamental de protección al trabajador y el deber básico de protección del empresario se identifican como piezas claves. A su vez, el tercer capítulo contempla los derechos y deberes en situaciones especiales tales como la concurrencia de empresarios, la protección por maternidad, la protección de menores, así como en situaciones de riesgo grave e inminente, de emergencia o accidente grave.

Los capítulos cuarto y quinto se refieren a la actividad y a la organización de la prevención, cuestión fundamental para alcanzar la correcta protección frente a los riesgos laborales.

Los regímenes especiales por circunstancias del entorno laboral, entre otros, los equipos de trabajo, máquinas, pantallas de visualización, equipos de protección individual,...; los regímenes especiales por la presencia de agentes lesivos, tales como ruido, radiaciones ionizantes, agentes químicos,...; así como los regímenes especiales por el sector de la actividad: obras de construcción, manejo de explosivos, etc., son aspectos ampliamente estudiados en los capítulos sexto, séptimo y octavo de la presente guía.

Al estudio de las normativas limítrofes dedica el profesor DÍAZ MOLINER el apartado noveno del libro. En él podemos encontrar la normativa peculiar, relacionada con la llamada seguridad del producto, y la normativa industrial, sobre instalaciones eléctricas, frigoríficas y de ascensores y aparatos elevadores.

El capítulo décimo está dedicado al análisis de las distintas responsabilidades derivadas del incumplimiento en materia de prevención de riesgos laborales, con un estudio pormenorizado del régimen de infracciones y sanciones establecido.

Tras aludir a la acción normativa de la Administración, el autor aborda, en el capítulo undécimo, las competencias específicamente administrativas que corresponden a los distintos ámbitos de la Administración, en concreto a las competencias de la Administración Laboral, dentro de las que tienen una consideración especial la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la Administración Sanitaria, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo y la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo.

La asunción de las medidas de seguridad contra incendios necesarias y la preocupación por los aspectos de protección con respecto a la salud, por vía de adopción y puesta en práctica de medidas higiénicas

y por el uso de vacunas, son aspectos contemplados en el último capítulo de este manual.

En esta guía práctica se pretende ofrecer una visión actualizada, completa y práctica de la normativa, incluyendo en cada apartado analizado una referencia a la normativa vigente, precedida de la indicación de los precedentes legislativos más inmediatos, a la normativa europea y a los convenios de la OIT, en su caso.

El hecho de que nos encontremos ante la cuarta edición de la obra, pone de relieve la excelente acogida dispensada y el cumplimiento de los fines para los que fue elaborada, es decir, la de servir como punto de referencia a los interesados en la materia.

WAA

La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social

[Lex Nova, Valladolid, junio 2004, 569 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía constituye el primer análisis que, a cargo de conocidos y prestigiosos especialistas, se realiza de la vertiente laboral y de Seguridad Social de la reforma concursal materializada en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio. Las explicaciones contenidas se convierten en necesarias para entender el nuevo modelo; ya que la anterior legislación concursal, de finales del siglo XIX y principios del XX, resulta claramente insuficiente para afrontar las necesidades de la sociedad y de la economía del siglo XXI.

El objetivo buscado por el libro es proporcionar soluciones a los múltiples problemas aplicativos e interpretativos que la reforma plantea ya que, aunque ésta es transversal a todo el ordenamiento jurídico, su bloque

relativo a lo laboral presenta una mayor confusión que las demás, como así lo demuestra el hecho de que fuera el apartado protagonista del debate parlamentario llevado a cabo sobre el contenido de la citada Ley Orgánica.

Los autores (un importante elenco que garantiza la solvencia y el rigor científico de la obra) estructuran sus exposiciones a lo largo de cinco capítulos para desarrollar, de este modo, las diferentes modificaciones que la mencionada reforma realiza en los articulados del Estatuto de los Trabajadores, la Ley de Procedimiento Laboral y la Ley General de la Seguridad Social. El primer capítulo centra su contenido en la diferenciación competencial, que tras las novedosas modificaciones de la reforma concursal, debe haber entre los órganos jurisdiccionales de los órdenes civil y social.

En los dos siguientes capítulos se trata; por un lado, la continuidad del ejercicio de la actividad profesio-

nal o empresarial del deudor a través de las diferentes fases del proceso —declaración de concurso, fase de convenio y fase de liquidación— y, por otro, los efectos que la declaración del concurso produce sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos como, por ejemplo y de forma excepcional, el cierre de la totalidad o parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de las que fuera titular el deudor.

Por último, la parte final de la obra aborda la repercusión que la reforma proyecta tanto sobre los créditos laborales, especialmente en lo relativo a su protección, como sobre los créditos de la Seguridad Social y sus sistemas de preferencias dentro y fuera del concurso.

En definitiva, la falta de tratamiento que sobre la vertiente laboral de la reforma concursal se ha venido padeciendo pone de relieve la utilidad de este trabajo, tanto para órganos judiciales como para organismos oficiales, empresas o profesionales del derecho.

