

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	atn.cliente@lexnova.es
ISSN	1576-169X
DEPÓSITO LEGAL	VA. 157-2000

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

Sumario:

EDITORIAL:

- [5] **La respuesta del Tribunal Supremo al problema de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: ¿solución o problema?**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [11] **Apuntes sobre el modelo social de la Constitución Española, veinticinco años después**

JESÚS R. MERCADER UGUINA

- [21] **La valoración judicial de la prueba: prueba válida y lícita en los despidos disciplinarios y económicos**

JUAN MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[255] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL SUPREMO AL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE JUBILACIÓN FORZOSA: ¿SOLUCIÓN O PROBLEMA?

La posibilidad de la jubilación forzosa y sus límites han sido objeto de una amplia atención por la doctrina constitucional, que ha tenido, como es lógico, una influencia importante en la casación ordinaria y unificada. La STC 22/1981 declaró la inconstitucionalidad de la redacción inicial de la entonces DA 5ª ET/80, en la medida en que establecía una “incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad”. Pero la sentencia citada dejó a salvo la posibilidad de establecer medidas de este carácter en relación con grupos profesionales especialmente sensibles al menoscabo de sus aptitudes profesionales como consecuencia de la edad y como medida de reparto o distribución del trabajo en el marco de una política de empleo, respetando además la posibilidad de completar el período de cotización necesario para causar derecho a la correspondiente pensión. El objetivo de la distribución del empleo se concreta con la referencia a que con la jubilación ha de proporcionarse “una oportunidad de trabajo a la población en paro”, por lo que “no podría suponer, en ningún caso, una amortización de puestos de trabajo”.

La constitucionalidad de la fijación de edades de jubilación forzosa en la negociación fue abordada en la STC 58/1985. Como punto de partida, se señala que, conforme a la STC 22/1981, la jubilación forzosa, dentro de determinadas condiciones, no es contraria a la Constitución y se añade que “del texto constitucional no deriva (...) ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales”. Por ello, considera la relación entre autonomía individual y colectiva para concluir que la jubilación no es un derecho personalísimo al margen de la autonomía colectiva y que “no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo”. La sentencia concluye señalando que “siendo la ley, en este caso, la que determina la extensión de los derechos individuales, así como el ámbito de actuación de la negociación colectiva, no puede considerarse inconstitucional que se permita que mediante el convenio pueda fijarse un límite temporal a un derecho individual, en la medida en que no se establezca sin compensación por el afectado, que pasa a percibir la pensión de jubilación”.

En la casación ordinaria ya se suscitó el problema del alcance de las cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva. Una primera línea jurisprudencial interpretó la DA 5ª ET/80 en el sentido de que la misma contenía una habilitación al convenio colectivo para establecer edades de jubilación forzosa, siempre que estas cláusulas se aplicaran a trabajadores con derecho a la pensión de jubilación y se cumpliera con ellas una finalidad de distribución del empleo. Pero con las SSTS de 27 de octubre de 1987 se dio un paso más en un supuesto que ya no trataba de una cláusula de distribución del empleo a favor de los parados, sino una medida de reajuste de plantilla. En unificación de doctrina, esta línea quedó plenamente consolidada pero sin que la misma quedara expresamente vinculada a la regulación de empleo en situaciones de crisis, como pusieron de manifiesto las SSTS de 27 de diciembre de 1993 y 14 de julio de 2000. Para esta última sentencia, el convenio colectivo podía establecer libremente medidas de jubilación sin ningún condicionamiento de política de empleo, con lo que se venía a rechazar definitivamente la doctrina más matizada que el propio Tribunal había venido manteniendo.

Como es sabido, primero el RD-L 5/2001 y, después, la Ley 12/2001 procedieron a limitar el recurso a las jubilaciones forzosas y, más aún, a la anticipación forzosa de la jubilación a través de la derogación de la DA 10ª ET. La cuestión que inmediatamente se suscitó y que generó un vivo debate en la doctrina científica con fiel reflejo en la judicial fue la siguiente: ¿Podrá el convenio colectivo seguir estableciendo estas jubilaciones forzosas sin habilitación legal? Los argumentos utilizados por la doctrina de suplicación marcaban con claridad dos líneas de tendencias netamente contrapuestas.

A favor de la posibilidad de que los convenios colectivos pudieran seguir pactando cláusulas de jubilación forzosa, se decía que el establecimiento por convenio colectivo no supone vulneración de una materia reservada por Ley (STSJ Madrid de 11 de enero de 2002); de igual modo, se consideraba que la jubilación forzosa es materia propia del contenido de los convenios colectivos, de acuerdo con la regulación contenida en el art. 85.1 ET (SSTSJ Aragón de 23 de enero de 2002 y TSJ Cataluña de 6 de febrero de 2002) a lo que se añadía que el ordenamiento jurídico no contiene ninguna norma prohibitiva expresa, ni existe disposición que impida que la voluntad del trabajador a la hora de decidir el momento de su jubilación sea sustituida por una decisión surgida en el seno de la negociación colectiva. De igual modo, los convenios colectivos pueden regular una materia deslegalizada, ya que para ello no necesitan la autorización expresa de la Ley, puesto que su eficacia viene directamente de la norma suprema (STSJ Cataluña de 29 de octubre de 2002). Una última línea argumental defendía que la originaria prohibición legal de negociar colectivamente las edades de jubilación forzosa del trabajador fue derogada por la DA 5ª ET en su versión de 1980 y, por ello, resultaba clara la imposibilidad jurídica de resucitar la difunta prohibición legal ordinaria.

Las razones en contra de esa posibilidad se pueden agrupar en los siguientes términos: en primer lugar, después de la derogación de la DA 10ª ET, al no haber habilitación legal, ha desaparecido la potestad de los interlocutores sociales de pactar este tipo de cláusulas pues, derogada la autorización, deviene con ello el mantenimiento de la prohibición

(STSJ Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002); en segundo término, la jubilación forzosa sin habilitación legal implica una vulneración del derecho al trabajo desde sus dos puntos de vista, individual y colectivo, (STSJ Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002); en tercer lugar, se considera que la jubilación forzosa supone actualmente discriminación (STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2002); en cuarto lugar, la razón justificativa de la medida mantenida por la jurisprudencia ha desaparecido a partir del Pacto de Toledo (STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2002); y, en fin, las cláusulas vigentes en los convenios colectivos devienen nulas, al aplicar la misma teoría que la considerada por la STC 210/1990, de 20 de diciembre, respecto a la limitación legal de la jornada máxima de trabajo (STSJ Castilla-La Mancha de 24 de abril de 2002 y STSJ Madrid de 17 de diciembre de 2002).

Las SSTs (4ª) de 9 de marzo de 2004 (Rec. 765/2003 y 2319/2003), resuelven en unificación de doctrina el problema de contradicción que se venía planteando. Dos son las cuestiones esenciales que se suscitan en el recurso de casación para la unificación de doctrina. En primer lugar, se trata de responder a la cuestión de si la derogación de la DA 10ª ET, suponía la prohibición de que los convenios colectivos contuvieran cláusulas de jubilación forzosa o si, más bien, se trataba de una simple deslegalización de la materia que no impedía que los convenios pudieran seguir estableciendo en el futuro edades forzosas de jubilación. De otro, y en caso de que el supuesto anterior obtuviese una respuesta negativa, se buscaba determinar si la jubilación forzosa acordada por el empresario a tenor de un convenio ya vigente y con anterioridad a la referida derogación resultaba válida o si, por el contrario, la extinción que eventualmente pudiera efectuar la empresa debía considerarse como despido.

En relación con la primera cuestión planteada, esto es, la posibilidad de que se establezca este tipo de cláusulas en los convenios colectivos suscritos tras la derogación de la DA 10ª ET, considera la Sala que no resulta de aplicación la doctrina sentada por la STS de 14 de julio de 2000, al haber sido dictada con anterioridad a la derogación de la DA 10ª ET, concluyendo, con base en distintos argumentos, que, después de dicha derogación, no es factible el establecimiento por convenio colectivo de edades forzosas de jubilación.

En primer lugar, considera la referida resolución que la DA 10ª ET impedía que, durante su vigencia, pudieran considerarse discriminatorias las cláusulas de los convenios colectivos referidas a jubilación forzosa, porque contaban con esa previa habilitación legal asentada, a su vez, en una justificación objetiva y razonable.

En segundo lugar, el referido pronunciamiento hace depender la respuesta del alcance de la reserva de ley en relación con el derecho al trabajo. Entienden las Sentencias que “la limitación del derecho al trabajo pertenece al ámbito de la reserva de Ley establecida en el art. 53.1 CE”, por lo que, “desaparecida la norma legal autorizante –la Adicional 10ª ET– queda la negociación colectiva sin el marco habilitante para establecer limitaciones a aquellos derechos a los que aludió el Tribunal Constitucional en las SSTC 22/1981 y 58/1985 [...], porque los convenios colectivos están obligados a respetar no sólo las disposiciones legales de derecho necesario sino también el mandato de reserva de ley que impone la Constitución, en la que tiene su fundamento la propia negociación colectiva”.

En suma, la referida sentencia mantiene que “las limitaciones a la capacidad de trabajar son competencia exclusiva de la ley y la negociación sólo puede entrar en esta materia con una previa habilitación legal” (DESDENTADO).

Un tercer hilo argumental fundamenta la decisión en la desaparición de las razones que justificaron tanto la norma como las consideraciones de política de empleo implícitas en los convenios. Entiende la Sala que “la situación social y laboral actual (canon de interpretación de las normas ex art. 3.1 CC) es muy diferente a la de los años 80. Y ello ha provocado que, sobre todo a partir del Pacto de Toledo, se vaya plasmando un rotundo cambio de orientación en la política social y económica tendente a la flexibilización de la edad de jubilación de forma gradual y progresiva, e, incluso, a la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el mantenimiento de la vida laboral. Prueba de ello es que el Pacto señala que “resultaría muy aconsejable, en términos financieros y sociales, facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes libremente lo deseen”. Una clara manifestación legal de esa nueva orientación fue ya la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, que estableció en su art. 12 una nueva disposición adicional vigésima sexta a la Ley General de la Seguridad Social, conforme a la cual: «El Gobierno podrá otorgar desgravaciones, o deducciones de cotizaciones sociales, en aquellos supuestos en que el trabajador opte por permanecer en activo, una vez alcanzada la edad de 65 años, con suspensión proporcional al percibo de la pensión. La regularización de los mismos se hará previa consulta a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas».

Refuerza el razonamiento el Tribunal Supremo recordando cómo la tendencia manifestada se pone también de relieve en el ámbito europeo. Así, se señala, esta tendencia viene marcada por las Directrices para el empleo del año 2000 aprobadas por el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999, que subrayan la necesidad de prestar especial atención al apoyo concedido a los trabajadores de más edad, a fin de prolongar su participación en la población activa. Y es seguida igualmente por la Directiva 78/2000 del Consejo, de 27 de noviembre (publicada en el DOCE de 2 de diciembre de 2000) recientemente transpuesta a nuestro Derecho por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que procedió a modificar, entre otros, los arts. 4.2.c) y 17.1 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 96 de la Ley de Procedimiento Laboral. Cierra su razonamiento, en este punto la Sala, recordando que la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001, que derogó la DA 10ª ET, fundamentó dicha decisión en el cambio de orientación de la política económica y social, al haber desaparecido las razones de política de empleo, objetivas y razonables, que justificaron el nacimiento de dicha disposición.

La Sentencia concluye de todo lo anterior que la derogación de la DA 10ª en modo alguno sirve para resucitar la vigencia de la OM de 1 de julio de 1953, por lo que, en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, resulta de aplicación para los convenios colectivos que entren en vigor tras dicha derogación lo dispuesto en los arts. 17 y 4.2 ET.

La segunda de las cuestiones planteadas, esto es, la relativa a los efectos que la anterior decisión debiera de producir sobre las cláusulas de jubilación forzosa vigentes en la fecha de la derogación de la DA 10ª ET, se responde de forma favorable al mantenimiento de su vigencia. Argumenta la sentencia anotada que las cláusulas “fueron establecidas de acuerdo con una política de empleo temporalmente coincidente, al menos, con la duración de los convenios en cuestión, cuyo equilibrio interno, construido sobre mutuas renunciaciones entre recíprocos derechos de las partes negociadoras, debe salvaguardarse”. Tal solución, se concluye, es coincidente con lo dispuesto en la DT 2ª CC, cuando establece que “los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos los efectos según la misma”.

La sentencia aparece acompañada de un sugerente voto particular concurrente en cuanto al fallo y discrepante en cuanto a los argumentos que condujeron a él. Para el ello, y pese a la derogación de la DA 10ª ET, seguiría siendo posible en nuestro derecho que por vía de la negociación colectiva se pueda seguir fijando la jubilación forzosa de los trabajadores al llegar a una determinada edad, siempre que éstos cumplan unas determinadas condiciones. Varios son los argumentos que utiliza el voto particular:

En primer lugar, para el citado voto el hecho de que haya sido derogada la DA 10ª por el Real Decreto-Ley 5/2001, en decisión posteriormente convalidada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, no conduce a entender que el acuerdo de jubilación forzosa no sea posible adoptarlo en convenio colectivo, pues, de acuerdo con la normativa rectora de la negociación colectiva, en nuestro derecho ni el Estatuto de los Trabajadores puede calificarse de “norma habilitante” de aquella posibilidad ni, por lo tanto, su derogación puede calificarse de norma impeditiva de aquella negociación. De este modo, el convenio colectivo podría, por sí mismo, introducir cláusulas de jubilación forzosa, dado que constituye un principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico que el convenio colectivo tiene una “fuerza vinculante” que deriva directamente de la Constitución y no de la ley, como se deduce de lo dispuesto en el art. 37 CE, tal y como ha reconocido la STC 58/1985, de 30 de abril. Señala, por ello, el voto en este primer razonamiento que “si el legislador hubiera prohibido expresamente la posibilidad de que por la vía de la negociación colectiva se acordaran edades para la jubilación forzosa habría que respetar esta decisión o, en su caso, plantear una cuestión de inconstitucionalidad [...]”. Esta circunstancia no es, sin embargo, la que se ha producido a raíz de aquella derogación de la DA 10ª ET, pues lo que ha hecho el legislador es derogar una previsión normativa sin sustituirla por otra, y de ello no se puede deducir que el legislador haya prohibido lo que antes estaba permitido, sino tan solo que ha optado por no intervenir en esta materia, siendo ésta la única conclusión adecuada al principio de sucesión normativa que se contiene en el art. 2.2 CC”.

Especial interés tiene, en segundo lugar, el razonamiento que utiliza el voto particular y que encuentra su fundamento en el juego del art. 49 ET. Se recuerda en este punto que fue objeto de debate durante la deliberación la contradicción con el art. 49 ET que supondría aceptar una jubilación forzosa por vía de convenio colectivo, en cuanto supondría aceptar, en contra de las previsiones legales, una nueva causa de extinción del contrato de trabajo. Los autores del voto consideran que tampoco este argumento es aceptable si se

tiene en cuenta que en dicho precepto estatutario se prevé como causa de extinción de la relación laboral “la jubilación del trabajador”, y de lo que se trata de resolver en este caso es si esa jubilación del trabajador puede acordarse en convenio colectivo, sin que con ello se esté creando ninguna otra causa de extinción de la relación laboral. Cabría, por ello, concluir que cuando el art. 49.1.f) ET menciona como causa de extinción la jubilación, ésta debería entenderse referida tanto a la forzosa como a la voluntaria.

Un último argumento de interés viene referido a los efectos discriminatorios que derivarían del eventual establecimiento de cláusulas convencionales una vez desaparecida la disposición con rango de ley que autorizaba el tratamiento desfavorable por razón de edad. Entiende el voto particular que el principio de no discriminación contenido en el art. 14 CE y en el art. 17 ET nada tiene que ver con la posibilidad de la jubilación en una u otra fecha, pues, si se tratara de un problema de discriminación, no sería posible en ningún caso ni la jubilación forzosa de los trabajadores ni la de los funcionarios (que sí que se jubilan por edad), ni hubiera sido nunca posible con la Disposición Adicional Décima en vigor. En la sentencia, lo que realmente ocurre es que se ha confundido el principio de “no discriminación” con el de la “prohibición de trato desigual injustificado” que, en este caso, sí que puede jugar. De lo anterior se concluye que, tratándose de un problema relacionado con un posible trato desigual entre trabajadores por razón de la edad y no de discriminación, la solución ya no puede ser la de una antijuridicidad absoluta sino condicionada al concurso o no de causas justificativas del trato desigual.

El referido pronunciamiento, lejos de sofocar el debate, ha venido a servir para que el mismo se avive. Un fantasma ha recorrido a gran velocidad los círculos empresariales, generando altas dosis de incertidumbre en torno a los efectos que pudiera tener en el futuro la desaparición de uno de los mecanismos que más y mejor habían servido a los procesos de reajuste y adaptación laboral. La imaginación creadora ha puesto inmediatamente sobre la mesa numerosas soluciones, algunas de las cuales suscitan dudas razonables sobre su viabilidad y otras plantean serios interrogantes desde la perspectiva político-sindical. Programación en forma de futuras regulaciones de empleo pactadas en convenio, pactos individuales de jubilación o incentivos económicos a ésta a través de los socorridos “premios a la jubilación”, son algunas de las medidas que la práctica empieza a valorar mirando siempre de reojo una intervención legal que permita dar salida a tan controvertida situación.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

Apuntes sobre el modelo social de la Constitución Española, veinticinco años después

JESÚS R. MERCADER UGUINA

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

1. Es importante tener presente que la norma constitucional trasciende la pura coyunturalidad histórica, buscando definir un régimen jurídico atemporal. La Constitución constituye expresión de un “pensamiento de esperanzas” o “alternativas”, de un “soñar hacia delante”¹, cuya acción se encamina a la definición de un “marco de coincidencias”² “lo suficientemente amplio como para permitir el diálogo y el desarrollo dinámico de la sociedad y lo suficientemente flexible como para evitar su petrificación”. Tal concepción de la Constitución como modelo abierto puede ser confundida con la existencia de un indeterminado e inaprensible sistema, un vano sueño de imposible materialización. En suma, como un permanente propósito deseado pero nunca definitivamente alcanzado de establecer un determinado orden social, económico y político, un modelo permanente de convivencia.

Pero tan indeterminado objetivo no debe ser visto como un mero agregado de valores de incierta o, al límite, imposible realización, cuanto como elemento esencial que define y conforma la propia estructura de la norma constitucional. El carácter principalista de estas normas permite definir las como normas que obligan a que algo sea realizado en el mayor grado posible en relación a las posibilidades fácticas y jurídicas, constituyendo “obligaciones o mandatos de optimización”³. Lo esencial en la Constitución no sería, por ello, el establecimiento de una concreta concepción material del hombre, sino la

(1) E. BLOCH, *El principio de esperanza*, Madrid, Aguilar, 1978, *passim*.

(2) La expresión se contiene en la STC 11/1981, de 8 de abril, sobre constitucionalidad del RD-L 17/1977, de relaciones de Trabajo (FJ 7º), que señala cómo “la Constitución es un marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de diverso signo”.

(3) R. ALEXY, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 1988, núm. 5, págs. 139 a 155.

posibilidad que la misma permite de construir un determinado modelo de vida social y política marcado por su carácter dinámico y la necesidad de su adaptación a las más diversas circunstancias históricas. Quizá, por ello, en la norma constitucional se manifiesta de manera patente la “textura abierta del Derecho”⁴ a través o por medio de los “estándares vagos”⁵ deliberadamente ambiguos incluidos por el constituyente y que facilitan la adaptación de la norma constitucional a los accidentes históricos que la misma deba superar.

2. “Social” es el primero de los adjetivos que aparecen en el articulado de la CE (art. 1.1: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...”), síntoma inequívoco de la trascendental importancia que el constituyente ha querido dar al diseño de Estado. La primera de las proyecciones de la calificación de Estado social en nuestro texto constitucional es la aceptación de la igualdad, es decir, de la corrección de desigualdades sociales como uno de los “valores superiores” del ordenamiento enunciados por el artículo 1.1 CE. Así, el Tribunal Constitucional, en su STC 8/1983, de 18 de febrero, subrayó cómo “la igualdad se configura como un valor superior que se proyecta con una eficacia trascendente, de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la Constitución deviene incompatible con el orden de valores que la misma proclama”.

De igual modo, la concepción del Estado Social se proyecta sobre la propia definición del ordenamiento laboral como sistema de tutela de los trabajadores. Consecuencia, en suma, de la configuración histórica del Derecho del trabajo como ordenamiento forzado por los trabajadores frente al Estado, antes que libre y espontáneamente otorgado por éste. Porque son, precisamente, la lucha obrera desplegada contra la explotación capitalista, y, por tanto, las modificaciones habidas en el mismo régimen de explotación, los elementos que propician el abandono de la hipótesis inicial de igualdad plena entre los contratantes y la noción de contrato de trabajo como encuentro entre voluntades libres e iguales, para dotar al ordenamiento, paulatinamente, de un carácter tuitivo capaz de posibilitar la función pacificadora de la norma laboral. El carácter tuitivo cristaliza así, en el ámbito jurídico, la ruptura con el principio civil de la *par conditio contrahendum*.

Este tratamiento favorable al trabajador ha sido aceptado por la doctrina constitucional. La STC 3/1983, de 25 de enero, argumenta en relación con el distinto tratamiento que éste se justifica por “la finalidad de equilibrar una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es dependencia o subordinación de uno respecto del otro”. La sentencia citada añade que el fundamento de este trato diferenciado no quiebra por “la contemplación aislada de supuestos excepcionales realmente existentes en que la elevada cualificación del trabajador,

(4) H.L. HART, *El concepto de Derecho*, Editora Nacional, México, 1980, pág. 183.

(5) R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 212.

su remuneración o su relativa autonomía en la prestación de trabajo, reduzcan o maticen las respectivas posiciones de las partes”, pues “el legislador, al regular las relaciones de trabajo, contempla necesariamente categorías y no individuos concretos y, constatando la desigualdad socioeconómica del trabajador respecto al empresario, pretende reducirla mediante el adecuado establecimiento de medidas igualatorias”. En suma, el Derecho del Trabajo se constituye como un “un ordenamiento compensador e igualador”.

Del mismo modo, la dimensión de lo “Social” ha llevado al Estado contemporáneo a dejar de ser un mero garante de libertades individuales para responsabilizarse integralmente del mantenimiento y mejora de un justo orden social. El Estado se hace cargo de la “procura existencial” (*Daseinvorsorge*), es decir, de “llevar a cabo las medidas que aseguran al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo”⁶, pero, además, responde a la idea de que no sólo las clases menos favorecidas, sino la generalidad de los ciudadanos, son incapaces para proporcionarse los elementos necesarios para su bienestar. Está fuera del alcance de la mayoría de los ciudadanos dominar las condiciones de su espacio vital efectivo. El primer objetivo del Estado del bienestar es el mantenimiento de un estándar de vida. Dicha finalidad se concreta, a su vez, en varios objetivos⁷: la garantía de una renta mínima, la reducción de la inseguridad económica y social, la protección del estándar de vida normal, una oferta amplia de servicios sociales públicos y la reasignación del consumo sobre todo el ciclo vital de los individuos. La función de la Seguridad Social (art. 41 CE) se revela como un instrumento esencial para lograr el referido objetivo. Ésta se configura como una “función de Estado” (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 7º), esto es, como un derecho de estricta configuración legal, llamada a proteger “situaciones o estados de necesidad”, dentro de una “tendencia a la universalización de las medidas de protección social”, que incluyen tanto las prestaciones de la Seguridad Social como las de asistencia social. Como recientemente ha demostrado la STC 239/2002, de 11 de diciembre, “tanto las actuaciones de la Seguridad Social como las de asistencia social persiguen la atención de situaciones de necesidad, desde una perspectiva histórica que

EL OBJETIVO DEL ESTADO DE BIENESTAR SE MANIFIESTA EN LA GARANTÍA DE UNA RENTA MÍNIMA, LA REDUCCIÓN DE LA INSEGURIDAD, LA PROTECCIÓN DEL ESTÁNDAR DE VIDA, LA OFERTA DE SERVICIOS SOCIALES PÚBLICOS Y LA REASIGNACIÓN DEL CONSUMO

(6) M. GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, pág. 18.

(7) C. OCHANDO CLARAMUNT, *El Estado del bienestar. Objetivos, modelos y teorías explicativas*, Ariel, Barcelona, 1999, pág. 56.

condiciona las primeras a la previa contribución de sus beneficiarios y no así a las de asistencia social” (FJ 5°).

3. Un segundo pilar esencial en el modelo social de nuestra Constitución es el diálogo social. El consenso, elemento esencial del propio nacimiento de la norma constitucional, es el fundamento de la convivencia y supone, en los términos científicos modernos, “el acuerdo sobre la forma y sobre un contenido mínimo básico de principios democráticos y de organización de la sociedad y del Estado que en nuestro caso se concretan en los valores superiores del Ordenamiento jurídico, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político”⁸. Pero, pese a constituir elemento esencial del moderno Estado constitucional la idea del pacto, del acuerdo, ello no significa un ilusorio desconocimiento del substrato conflictual propio de toda sociedad.

Es así que la Constitución parte de una concepción dialéctica de las relaciones de trabajo y, por consiguiente, asigna al conflicto de intereses, cuya legitimidad general ampara, un papel funcional dentro del sistema institucional. Se parte, de este modo, de la noción de que los trabajadores asalariados y los empresarios son portadores de intereses diferenciados que se encuentran en contraposición o conflicto estructural y que justamente el ordenamiento jurídico laboral se propone canalizar. La “contraposición de intereses en el mundo del trabajo” se configura así, como por lo demás reconocía de modo expreso la exposición de motivos del proyecto de ley del Estatuto de los Trabajadores, como el primero de los pilares básicos del nuevo modelo constitucional de relaciones de trabajo.

No obstante, en el nuevo modelo sociolaboral, son las ideas de cooperación y colaboración las que ganan terreno a costa del conflicto, del antagonismo, de la confrontación. Las huelgas han perdido parte de su función tradicional (véase el ejemplo de la huelga convocada contra la Guerra en Irak) y los mecanismos de solución no traumática de las controversias se encuentran en plena expansión. Se observa, en este momento, un “declive del conflicto”, o, por mejor expresarlo, una remisión del conflicto como instrumento normal de la actividad sindical. La huelga ha pasado, como consecuencia, de ser un instrumento de presión típico de los trabajadores por cuenta ajena, de los asalariados, a generalizarse a otros ámbitos y sectores sociales. Se ha difuminado la función de esta conquista histórica de la clase obrera, incrementándose cada día su uso por sectores profesionales que, sólo artificialmente, pueden ser incluidos dentro de su ámbito subjetivo. Semejante cambio en la fisonomía del sujeto titular del derecho de huelga, conlleva la dificultad de identificar cuáles sean, en cada momento, los concretos “intereses de los trabajadores” y, lo que es aun más complicado, aislar el “interés de clase subyacente”.

(8) G. PECES BARBA, “El sentido del consenso”, en *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Fernando Torres, Valencia, 1981, pág. 18.

El modelo social de Constitución Española

La CE trata de asegurar la centralidad de la posición de los sindicatos en el sistema constitucional⁹, a la hora de efectuar el diseño y conformación de los interlocutores sociales. Siempre se ha subrayado la ubicación del art. 7 CE como demostrativa de la importancia que la CE atribuye a los sindicatos (y a las asociaciones empresariales), al conformarlos como instituciones básicas y medulares de la organización política y social con importantes papeles a desempeñar en el sistema de relaciones laborales y en el sistema económico. En esta misma línea, rápidamente tuvo oportunidad de decir el TC que los sindicatos son “organismos básicos del sistema político”, “piezas económicas y sociales indispensables para la defensa y promoción de (los) intereses” de los trabajadores y “formaciones sociales con relevancia constitucional”¹⁰. Así pues, la inescindible vinculación entre sindicato y sociedad, de la que da buena muestra nuestro texto constitucional, supone, en última instancia, que cualquier intento de profundizar en su condición actual se hace imposible sin el previo conocimiento de la realidad social sobre la que éste se proyecta.

Nuestro sistema sindical, como es bien conocido, se ha construido alrededor de las nociones de mayor o mera o suficiente representatividad. Prefigurada la noción en las previsiones estatutarias sobre la legitimación negocial, la misma se consagraría posteriormente en la LOLS, habiendo sido declaradas aquellas nociones plenamente compatibles con la CE por parte del TC, que desplegó una actitud de cooperación con el legislador y proporcionó la concepción del sindicato representativo como representante institucional de los trabajadores. En la actualidad, sin embargo, la construcción de la representatividad atraviesa cierta crisis y se ve que hay que reforzar la vertiente del sindicato como asociación de afiliados. Quizás la noción se construyó muy funcionalizada a las circunstancias de crisis y para buscar la implicación del sindicato en la política de salida de la misma. Con todo, es la representatividad sindical un indicador clave para la comprensión de nuestro actual modelo de libertad sindical. Constitucionalmente admitido, este modelo de selección sindical es el resultado de una apuesta histórica basada en el equilibrio entre lo necesario y lo posible. La unión entre la actividad representativa y la función política del sindicato tuvieron como resultado la creación de un mapa sindical asentado sobre el “duopolio sindical”.

El TC ha contribuido resueltamente a “moderar” y matizar la proyección del concepto de mayor representatividad. Este criterio se encuentra en vías de perder la condición general de atribución de derechos y facultades entre organizaciones sindicales, para convertirse en la excepción. En efecto, rectificando su primitiva y flexible postura, la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ha pasado a condenar el uso de la técnica de selección sindical amparada en la mayor representatividad, privándole del “pasaporte de constitucionalidad que antaño le otorgó”¹¹. El tratamiento cada vez más restrictivo de la

(9) Vid. una retrospectiva recapitulación crítica en J. VIDA SORIA, “El sindicalismo y el régimen jurídico sindical en el marco de la Constitución”, en AAVV, *Jornadas sobre el título preliminar de la Constitución*. Tomo III, Madrid, MJ, 1988, págs. 2.029 a 2.054.

(10) Las expresiones entrecomilladas son, respectivamente, de las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 70/1982, de 29 de noviembre, y 18/1984, de 7 de febrero. El “interés público” –repárese en tan significativa afirmación– “reclama unas organizaciones sindicales fuertes y dotadas de medios suficientes de acción” (STC 99/1983, de 16 de noviembre).

(11) F. VALDÉS DAL-RÉ, *El sistema de diferenciación entre organizaciones sindicales: de la mayor representatividad a la suficiente implantación y representatividad (I)*, RL, 1993, I, pág. 81.

mayor representatividad trae su causa del giro que el TC ha imprimido a la interpretación conjunta de los artículos 14 y 28.1 CE; esto es, en la variación introducida en el modo de afrontar los términos del conflicto entre derechos de igualdad y de libertad sindical, de un lado, y la promoción del hecho sindical de otro.

Finalmente, el consenso social alcanza plena proyección a través de la negociación colectiva (art. 37.1 CE). El Derecho del Estado no es sólo impotente frente al Derecho de la sociedad, sino que debe someterse a la primacía de éste, pues no tiene otra razón de ser que como medio de dar estabilidad al orden extraestatal, ya que el Estado tiene también como única base a la propia sociedad. Tal construcción llevará a reconocer la existencia de una multiplicidad de esferas jurídicas (la estatal y las varias sociales), identificando, por ello, al lado de la ley estatal, una multiplicidad de otras fuentes del Derecho positivo que son manifestaciones del dinamismo esencial de la sociedad: “el Estado no es otra cosa que un pequeño lago profundo en el inmenso mar del Derecho que lo circunda por todas partes”.

El pluralismo jurídico, en tanto que reacción frente al estatismo¹², llama a una relación de convivencia entre los distintos sistemas que conviven en un ordenamiento dentro de un espacio determinado. Como ha señalado MONEREO, en el “pluralismo jurídico clásico” predomina la idea de coexistencia entre dos o más ordenamientos jurídicos continuamente contrapuestos, y el “nuevo pluralismo jurídico” se caracteriza por la “covariación” entre una multiplicidad de esferas jurídicas inestables y a menudo fragmentarias. El pluralismo actual encuentra numerosas variantes, tanto “internas” (en el interior de un sistema nacional), como “externas”. Estas últimas son las que se producen dentro de las unidades supranacionales y, más ampliamente, las que se intensifican y tienen lugar dentro del proceso de globalización económica, dado que “la fragmentación de la sociedad contemporánea vinculada con la reorganización del capitalismo, deja espacios para nuevas formas de organización”¹³.

La intervención negociada puede extenderse al compromiso de acción de Gobierno sobre cuestiones implicadas en la genérica expresión “intereses propios de los sindicatos”, que halla su respaldo en el texto constitucional. Es más, la negociación de la política económica, en cuanto condicionante esencial del nivel de empleo, de salarios y de condiciones de vida de los trabajadores, ha sido uno de los elementos que ha caracterizado el fenómeno de la “concertación social”, en tanto que sistema de gestión de una política económica y social general. La más trascendente consecuencia del referido fenómeno ha sido la recepción de lo negociado en el contenido de la ley porque, desde el punto de vista de la teoría de las normas, esta actuación implica una “autonomización”, la “bilateralización” de un fenómeno esencialmente heterónimo y unilateral.

(12) N. BOBBIO, “Gurvitch y los derechos sociales”, en el conjunto de ensayos del citado autor *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pág. 34.

(13) J.L. MONEREO PÉREZ, *Pluralismo jurídico y Derecho Social: la sociología del Derecho de Gurvitch*, Edición y Estudio preliminar de G. Gurvitch, Elementos de Sociología jurídica, Comares, Granada, 2001, pág. LVIII.

3. El tercer pilar del modelo constitucional en materia social cabría situarlo, desde la perspectiva individual, en la consideración del trabajo como valor social. La relación del trabajo con la dignidad de la persona se encuentra precisamente establecido en el artículo 35 CE, como un derecho-deber de trabajar en el sentido de que no hay un derecho fundamental a la vagancia, no existe un “derecho a la pereza”¹⁴. El deber de trabajar, inicialmente postulado en el ámbito ético y religioso, encuentra una formulación laica en el pensamiento socialista del siglo XIX. La consideración del trabajo no sólo como derecho sino también como deber responde a una doble valoración del mismo como bien de la persona (medio de ganarse la vida, y, con ciertas condiciones, medio de realización de la propia personalidad), y como bien de la colectividad (recurso indispensable para la producción material y el progreso económico de una determinada sociedad)¹⁵. Autores como RIFKIN han confundido el trabajo con el empleo asalariado en un sector productivo del mercado mundial y han propugnado a los cuatro vientos el fin del trabajo¹⁶. Pero nada anuncia el “fin de la sociedad mercantil” o el “fin del trabajo”, ni en la producción concurrencial ni en los sectores de servicios a personas. Se podría, con rigor, hablar del fin de un cierto momento de la organización del trabajo. No tanto del fin del trabajo como de una sociedad asentada sobre la idea de empleo turbulento, de una sociedad dominada por la inestabilidad caracterizada por la eliminación de la red de seguridad que históricamente había poseído la relación de trabajo asalariado¹⁷.

El Derecho al trabajo constituye, igualmente, una manifestación concreta de la libertad del hombre y tiene, por consiguiente, su fundamento en la propia dignidad humana, con independencia del hecho de su proclamación en los textos constitucionales. No obstante, el artículo 35.1 CE reconoce el “derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio” y “a la promoción a través del trabajo”, lo que, en última instancia, supone el reconocimiento de un derecho básico, el de trabajo, acompañado de una serie de derechos suplementarios que contribuyen a delimitar su alcance real pero que no se confunden con él.

(14) LAFARGUE, *El derecho a la pereza*, Fundamentos, Madrid, 1980.

(15) A. MARTÍN VALVERDE, A., “Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española”, en AAVV, *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, CEC, Madrid, 1980, págs. 185 a 204.

(16) J. RIFKIN, *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidós, Barcelona, 1998, *passim*. El título y la idea no son novedosos dentro del panorama editorial con anterioridad, buen ejemplo es la obra de M. DRANCOURT, *La fin du travail*, Hachette, París, 1984.

(17) L.E. ALONSO, “El mito del fin del trabajo”, en su obra *Trabajo y ciudadanía*, Trotta, Madrid, 1999, pág. 144.

**EL DERECHO AL TRABAJO
DEBE SER ENTENDIDO
COMO LA PRETENSÓN
DE UNA OCUPACIÓN
REMUNERADA QUE
DEPENDE DE UNA PREVIA
ESTRUCTURA
SOCIO-ECONÓMICA**

El derecho al trabajo presenta una configuración dual comprensiva tanto de un “derecho social de prestación” como de “un derecho de libertad” o libertad de trabajo. La jurisprudencia constitucional recoge la anterior concepción y mantiene que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar sino que presenta un doble aspecto: individual y colectivo (STC 22/1981, de 2 de julio). En el plano individual, el derecho al trabajo “se concreta en el igual derecho de todos a un puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación” y en el “derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo” (SSTC 20/1994, de 27 de enero y 125/1994, de 25 de abril), entendido este derecho no como derecho a permanecer indefinidamente en el desempeño del puesto de trabajo sino como el derecho a no ser despedido de no existir justa causa, es decir, exigencia de causalidad del despido. En su dimensión colectiva, como ha recordado el Tribunal Constitucional, “el derecho al trabajo implica un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo pues, en otro caso, el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma”.

El derecho al trabajo se revela, de este modo, como un derecho social de prestación necesitado de una acción estatal activa, de tal suerte que puede decirse que, en sentido estricto, el derecho al trabajo debe ser entendido como una pretensión de una ocupación remunerada que depende de una previa estructura socio-económica que se encuentra condicionado por factores externos al dato puramente jurídico¹⁸. Con todo, la colisión entre derechos fundamentales sociales y derechos de libertad se hace especialmente clara en el derecho al trabajo. En un sistema de economía de mercado, el Estado puede disponer sólo limitadamente del objeto de este derecho, pues si quisiera es capaz de satisfacer el derecho de todo desempleado a un puesto de trabajo, ya que, para ello, tendría o bien que dar ocupación dentro del marco de la Administración pública existente o limitar hasta eliminar la disponibilidad de puestos de trabajo por parte de la economía privada¹⁹.

4. El último pilar que integra el edificio social de nuestra Constitución estaría integrado por la dimensión social de los derechos fundamentales y, más en concreto, en las modernas perspectivas de los denominados derechos fundamentales “inespecíficos”²⁰. La automatización e informatización, la transformación de la gran empresa, el crecimiento de las pequeñas y medianas, la redistribución cuantitativa y cualitativa de mano de obra, la inversión de las relaciones de fuerza entre capital y trabajo y, en fin, la modificación del clima y la cultura empresarial, los cambios en las formas de organización laboral, el progresivo campo de actuación del sector servicios, son, todos ellos, factores que están abriendo paso a una “nueva era del capital humano” cuyo efecto fundamental es la implicación directa del trabajador en la actividad empresarial a través de fórmulas como

(18) R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, Trotta, Madrid, 1992, págs. 134 y 135.

(19) R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993.

(20) En la clásica ya denominación de M.C. PALOMEQUE LÓPEZ. Una reciente reflexión, en su también reciente estudio, “Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos”, en SEMPERE NAVARRO (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, Madrid, 2003, págs. 229 a 248.

los círculos de calidad o los grupos de trabajo, o de métodos de gestión como los que incluye la discutida economía de la participación, que están produciendo mutaciones trascendentales en los esquemas que clásicamente se habían utilizado para definir la relación de trabajo. Por su parte, la incorporación de técnicas de control tecnológicamente avanzadas, o el reconocimiento de la nueva ola de los derechos fundamentales de tercera generación, hacen renacer sobre nuevas bases un debate recurrente en los diferentes ciclos de formación del contrato de trabajo. Debate que acentúa su alcance en un contexto de “redescubrimiento del individuo”, en ya clásica expresión de SIMITIS, en el que el interés individual y la protección de “lo íntimo” resultan prevalentes.

Desde el telón de fondo que ofrece el anterior contexto se justifica el renovado interés –nunca perdido– sobre materias como la intimidad del trabajador dentro y fuera del lugar de trabajo, la protección de la imagen física del trabajador, la tutela de los reconocimientos médicos de los trabajadores, de los exámenes psicológicos, la protección contra el acoso sexual, los efectos que sobre la relación laboral marca la libertad religiosa e ideológica del trabajador, etc. Los anteriores grupos de casos constituyen algunos de los puntos calientes en los que con más ardor se plantea la dialéctica entre derechos fundamentales y contrato de trabajo. En estas y otras materias se sitúa, pues, en nuestros días, el debate sobre el equilibrio que en ámbito empresarial deben alcanzar intereses laborales y empresariales en una materia tan sensible como ésta.

Destacan, en primer lugar, dentro de este nuevo contexto de humanización de las relaciones laborales aspectos tales como la dimensión multicultural de la sociedad. Los retos sociales generados por el aumento de los flujos migratorios han contribuido a producir un clima político-social ciertamente complejo. Así, es perceptible un arco de posiciones que, gráficamente, se situarían entre una especie de bonhomía militante, empeñada en la defensa de ideales del tipo “ciudadanos del mundo en un mundo sin fronteras” y, en el otro extremo, posiciones rayanas con el racismo y la xenofobia. Entre ambos extremos, un tornasol de variados estados de la “conciencia civil” respecto al fenómeno inmigratorio²¹. Como señala Victoria CAMPS, “el respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones, la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas, son el fundamento de esa apertura y generosidad que supone ser tolerante. Sin la virtud de la tolerancia, la democracia es un engaño, pues la intolerancia produce directamente totalitarismo. Una sociedad plural descansa en el reconocimiento de las diferencias, de la diversidad de costumbres y formas de vida”²². La “política de la diferencia”²³, el deber de respeto mutuo derivado del reconocimiento de una igualdad fundamental de todos los seres humanos es la esencia de la libertad y de una sociedad civilizada. Todo ello requiere rescatar la retórica de la tolerancia como virtud pública

(21) J.L. MONEREO PÉREZ, “Comentario al art. 1”, en J.L. MONEREO PÉREZ, C. MOLINA NAVARRETE, *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social* (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2001), Comares, Granada, 2001, pág. 70.

(22) V. CAMPS, *Virtudes públicas*, Austral, Madrid, 1996, pág. 73.

(23) M. WALZER, “La política de la diferencia: estatalidad y tolerancia en un mundo multicultural”, *Isegoria*, 1996, núm. 14, págs. 37 a 53.

vinculada a los procesos de fragmentación social²⁴. La interculturalidad parte del hecho multicultural de los conflictos potenciales entre culturas incompatibles, y pretende buscar caminos de convivencia. La tolerancia es una virtud indiscutible de la democracia. El respeto a los demás, la igualdad de todas las creencias y opiniones, la convicción de que nadie tiene la verdad ni la razón absolutas produce la verdadera integración dentro de un proceso bidireccional que, en cuanto tal, exige ductilidad en la sociedad receptora, que alimente, en términos de HABERMAS, un nuevo “nacionalismo cívico” en el que derechos como la objeción de conciencia cobran una nueva y trascendente importancia.

Por otro lado, la incorporación de técnicas de control tecnológicamente avanzadas²⁵, o el reconocimiento de la nueva ola de los derechos fundamentales de tercera generación en la que destaca el de autodeterminación informativa, convierten esta sociedad del fin del trabajo en una sociedad virtual; en una nueva sociedad transparente que no puede prescindir de un trabajo, también, “transparente”. La sombra del Big Brother orwelliano de su 1984 ha sido vista cerniéndose amenazadora sobre nuestra sociedad tecnologizada; un mundo que hasta hace bien poco moraba, tan sólo, en el onírico entorno de la imaginación literaria. La técnica es, en palabras de ORTEGA en su célebre “Meditación”, “un paisaje artificial tan tupido que oculta la naturaleza primaria (del hombre) tras él” y que amenaza con “obnubilar su conciencia”²⁶. El hombre ha quedado irremediabilmente adscrito a esta realidad de tecnología y digitalización, a este mundo virtual. La electrónica ha producido “una prodigiosa dilatación del mundo accesible, aquel en que se puede comunicar, percibir y actuar”²⁷. En suma, un enorme volumen de cambios que invitan también a la reflexión jurídico-constitucional como parece entender la STC 70/2002, de 3 de abril, según la cual “los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos”.

Se abre, en suma, un “nuevo tiempo de los derechos”, en la conocida expresión de BOBBIO. Se abre, en suma, tras estos veinticinco años, un nuevo tiempo para la reflexión constitucional

(24) J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 11 a 16.

(25) Para una extensa reflexión sobre estas cuestiones y su afectación a los derechos fundamentales laborales, nos remitimos a J.R. MERCADER UGUINA, “Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?”, RL, 2001, I, págs. 665 a 686.

(26) La consideración de la técnica como “paisaje artificial” pertenece a J. ORTEGA Y GASSET, *Meditación de la técnica*, Espasa Calpe, Madrid, 1965 y la referencia contenida en el trabajo puede hallarse en págs. 83 y 84.

(27) J. MARÍAS, *Cara y cruz de la electrónica*, Espasa Calpe, Madrid, 1985, pág. 47.

La valoración judicial de la prueba: prueba válida y lícita en los despidos disciplinarios y económicos¹

JUAN MANUEL SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA

Magistrado Titular del Juzgado
de la Social 19 de Madrid
Magistrado del Gabinete Técnico
del TS

Sumario:

1. Introducción. **2. Consideraciones generales sobre la prueba.** A) Precisiones previas. B) La carga de la prueba en general. a) Concepto y naturaleza jurídica. b) La función de las normas sobre la carga de la prueba. c) La tradicional distribución de la carga de la prueba. d) El artículo 217 LEC y su aplicación al orden social. e) La inversión de la carga de la prueba. C) Valoración de la prueba. D) La prueba según el tipo de pretensión: despido nulo por vulneración de derechos fundamentales o despido sólo improcedente. E) *In dubio pro operario* y presunción de inocencia. F) Prueba ilícita y prueba inconstitucional. G) Reflexiones sobre la prueba de interrogatorio de partes y la testifical en los pleitos de despido. **3. Grabaciones de audio y vídeo.** A) Situación anterior a la LEC de 2000. Las pruebas fotográficas y de audio y vídeo, su naturaleza jurídica. B) Situación actual tras la LEC. Pruebas de audio y vídeo. C) Criterios sobre la constitucionalidad de este tipo de pruebas. Derechos Fundamentales comprometidos. D) Contrapruebas. **4. El e-mail y demás modos habituales de comunicación.** A) El correo electrónico. Uso indebido. B) Diferencias con otras figuras afines: el registro de taquillas o la interceptación de conversaciones telefónicas. C) Cautelas a tomar por el empresario. D) El control mediante el sistema informático, el trabajador transparente. E) La prueba en estos casos. **5. Datos sobre la salud del trabajador.** A) Los exámenes médicos. B) Utilización de la información obtenida. C) Utilización disciplinaria de la información obtenida en reconocimientos médicos rutinarios. **6. La prueba suficiente de la causa en los despidos objetivos.** A) Referencia genérica a los despidos económicos, criterios jurisprudencia-

(1) El presente trabajo es el texto íntegro de la conferencia pronunciada por el autor en la Jornada organizada por el Instituto de Fomento Empresarial (IFE) en el mes de marzo de 2003, bajo el título general de "Cómo abordar el despido".

les. B) La proposición y práctica de prueba en este tipo de despidos: la redacción de la carta, documentos ilustrativos, aportación anticipada de cuentas e informes periciales.

C) La valoración de esas pruebas.

1. INTRODUCCIÓN

La valoración judicial de la prueba, en cualquier pleito y no digamos en los de despido, que por esencia suelen ser de ordinario junto con los de tutela de derechos fundamentales y los de resolución de contrato los más complejos, configura un **terreno en apariencia pantanoso** que suele venir concebido desde la visión de los letrados (y en particular de los letrados asesores de empresas —que corren como ahora veremos con la carga de prueba más compleja—) como envuelto por cierta bruma, con lo que es explicable la constante duda que asalta al letrado, al empresario o al trabajador sobre si habrán conseguido **alcanzar la convicción del juzgador** sobre la realidad de los hechos cuya prueba le corresponde, o si por el contrario y pese a sus esfuerzos probatorios el juez en la valoración de la prueba procederá a dar por probados sólo algunos de esos hechos y no otros.

Sin embargo, un correcto conocimiento sobre las reglas de la carga de la prueba, las particularidades de algunos tipos de procedimientos en ese aspecto, o las previsiones legales sobre la forma libre o tasada de valoración de la prueba pueden afianzar una mayor serenidad a la hora de afrontar el eterno problema de la prueba en el proceso laboral, en el caso que nos ocupa en el proceso de despido, así como conferir un mayor aplomo a la hora de impugnar aquellas resoluciones judiciales que no hayan respetado las reglas de valoración de la prueba.

Cierto es, no obstante, que en determinados casos, como luego veremos, la apreciación libre del juez en el terreno de la valoración de la prueba, en la determinación de qué hechos considera probados y cuáles no, deja siempre un **resquicio al vértigo probatorio**, que alguno podría incluso definir como una puerta hacia lo esotérico, es decir, hacia los inescrutables mecanismos mentales que han llevado al juez a dar por probado un determinado hecho y no otro teniendo ambos un aparente idéntico apoyo probatorio.

En cualquier caso nuestro enfoque del tema planteado se centrará en los epígrafes que aparecen en el programa, debiendo resaltar que será ineludible alguna reiteración probable respecto de cuestiones tratadas en otras ponencias, pese a lo cual nuestro enfoque irá más centrado sobre la validez, licitud, ilicitud e inconstitucionalidad de la prueba propuesta o practicada, en particular en las materias de grabaciones, correo electrónico y datos sobre la salud del trabajador. Finalmente daremos unas breves pautas sobre la prueba en los despidos objetivos, de lo que ya estarán suficientemente ilustrados por el Sr. Cifuentes.

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA PRUEBA

A) Precisiones previas

Siempre se ha defendido como principios rectores del proceso en el orden social los siguientes:

a) **El principio dispositivo:** En virtud del cual: 1) el proceso sólo puede iniciarse ante petición de parte, luego la prueba sólo será practicada si lo propone la parte; 2) Es el demandante quien determina el objeto del proceso y con ello el objeto de la prueba; 3) Los órganos judiciales deben ser congruentes con el objeto del proceso y por ello no pueden pronunciarse más allá de lo pedido, y 4) las partes pueden poner fin al proceso iniciado por ellas cuando así lo crean, sin que puedan ser obligadas a continuar un proceso que ellas han iniciado y pretenden abandonar².

b) **El principio de aportación de parte:** Supone que las facultades de dirección del proceso corresponden a la parte, lo que significa que 1) son las partes quienes deben aportar los hechos al proceso, no teniendo en principio el Juzgador esa facultad, 2) las partes pueden admitir como existentes hechos afirmados por la contraria, lo que hará necesario dar por ciertos los mismos y no poder desconocerlos en la sentencia, y 3) a las partes les corresponde la iniciativa para pedir o proponer la prueba y su práctica, y correrán con el coste de no probar lo que les corresponde, sin poder el juez suplir la falta de prueba de oficio.

c) **El principio de búsqueda de la verdad material:** Tradicionalmente se ha afirmado que el objeto del proceso de trabajo es la búsqueda de la verdad material, como objetivo central (SSTC 24/1984, de 23 de febrero y 227/1991, de 28 de noviembre).

El punto de partida de esta afirmación era la concepción procesal civilista del siglo XIX, según la cual las pruebas son los diversos medios por los cuales se llega a la inteligencia del descubrimiento de la verdad (BONNIER), concepción esta que fue luego comúnmente rechazada por excesivamente ambiciosa, lo que llevó a distinguir entre diversas clases de verdad según el proceso, y así habría una verdad “material”

(2) En el proceso civil existen, no obstante, excepciones, como los procesos sobre el estado civil y condición de las personas y lo mismo ocurre en el proceso laboral en el procedimiento de oficio (arts. 146 a 150 y 156), impugnación de convenios colectivos (art. 161.1) e impugnación de estatutos de sindicatos y su modificación, en los que la iniciación del pleito corresponde a la autoridad laboral.

**LA PRUEBA PROCESAL ES
LA ACTIVIDAD
DE LAS PARTES DIRIGIDA
A LA VERIFICACIÓN
DE SUS AFIRMACIONES
DE HECHO, SUJETA A
UNAS REGLAS PRECISAS,
QUE TIENDE A OBTENER
CERTEZA SOBRE AQUÉLLAS**

en el proceso penal y el proceso civil buscaba una verdad “formal”. Como explica el profesor Ernesto PEDRAZ si el juzgador estaba jurídicamente limitado en la búsqueda de los hechos, el resultado de la actividad probatoria no podría ser la “verdad verdadera” sino simplemente una verdad “jurídica”, no basada en las leyes de la lógica sino fundada en leyes jurídicas.

El mito de la verdad material no pudo sostenerse mucho tiempo, aunque se extendió varias décadas hasta que CARNELUTTI expresó que si la verdad no puede ser más que una, y la verdad formal coincide con ella, no es más que verdad, y si no coincide, entonces no es más que “no verdad”.

Hoy no cabe una concepción unívoca del concepto de prueba procesal por cuanto no cabe determinarla de modo absoluto, así que podría decirse que la prueba procesal es la actividad de las partes dirigida a la verificación de las afirmaciones de hecho de éstas, sujetas a unas reglas precisas que tiende a obtener certeza sobre aquellas afirmaciones, certeza que podrá lograrse de dos modos: a) Porque la ley establezca el valor reglado que el juzgador deba conceder a un determinado medio de prueba, en lo que podría llamarse certeza objetiva, y b) Porque se ha conseguido la convicción psicológica del juzgador (“certeza subjetiva”) en la valoración libre de la prueba en aquellos casos en que así se establezca (conforme al parámetro de “reglas de la sana crítica”, equivalente a criterio lógico, racional y proporcional).

B) La carga de la prueba en general

a) Concepto y naturaleza jurídica

No es un tema sencillo el de la carga de la prueba, pese a que la regulación legal en el ámbito civil se limitase casi exclusivamente a la previsión del **artículo 1214 del Código Civil**, hoy derogado por la LEC de 2000, que dedica un precepto (**art. 217**) a la regulación de la carga de la prueba, incorporando a la norma lo que habían venido siendo criterios jurisprudenciales y doctrinales.

Tradicionalmente se distinguió la “carga de la prueba” como una **obligación** afectante a las partes en el proceso o, por contra, como un “**poder**” de las partes.

Sin embargo, parece claro que la carga de la prueba **no es una obligación** pese a que formalmente se hable de “tener que probar” o “deber de acreditar determinados hechos”³ ya que:

a) Mientras el cumplimiento de una obligación es exigible con independencia de la voluntad de su destinatario, la carga de la prueba depende precisamente de esa **voluntad**.

(3) M. FERNANDEZ LÓPEZ, “La carga de la prueba y la nueva LEC”, *La Ley*, núm. 5362, lunes 30 julio de 2001.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

b) El **incumplimiento** de una obligación constituye un **ilícito**, mientras el incumplimiento de la carga de la prueba es sólo un comportamiento reprochable o perjudicial desde un punto de vista técnico o estratégico.

c) Las obligaciones tienen para su cumplimiento la amenaza de una **sanción**, pero el perjuicio de la falta de prueba no tiene por qué llevar aparejada ésta.

En consecuencia la carga de la prueba es un “poder” de ejercicio facultativo, de carácter instrumental, que tutela un interés jurídico propio y su incumplimiento no lleva aparejada una sanción.

b) La función de las normas sobre la carga de la prueba

Con carácter general las normas de la carga de la prueba actúan como “**regla de juicio**”, esto es, en aquellos casos en que algún hecho relevante para la resolución de un asunto no haya resultado acreditado, las normas sobre el *onus probandi* servirán para determinar quién debe correr con las consecuencias de esa falta de prueba, escalón que puede ser definitivo para obtener sentencia desestimatoria de la pretensión. Por ello también las reglas de la carga de la prueba actuarán como **criterios de orientación** de las partes sobre el comportamiento a seguir y así precisamente lo manifiesta la LEC de 2000 en su Exposición de Motivos.

c) La tradicional distribución de la carga de la prueba

La doctrina procesalista, ante la ausencia de regulación sobre el particular, elaboró una construcción sobre la carga de la prueba distinguiendo entre las **distintas clases de hechos**, y así se hablaba de hechos **constitutivos** (los que fundamentan fácticamente la pretensión: vgr., en una reclamación de cantidad, que se es trabajador de la empresa demandada con un determinado salario), los hechos **impeditivos** (los que impiden el nacimiento de la relación jurídica o del derecho cuya existencia alega el demandante), los hechos **extintivos** (aquellos que evitan que la relación jurídica perdure en el tiempo, vgr., el pago) y los hechos **excluyentes** (no se niega el hecho constitutivo que genera el derecho del actor, pero concurre otro hecho que apoya un derecho que permite oponerse a la pretensión, vgr., la prescripción.)

Esta clasificación, con algunos matices, ha sido la manejada comúnmente por la jurisprudencia civil y también por la laboral, puesto que en esta materia y a salvo de algunas especialidades reguladas en la LPL, es de plena aplicación a ambas jurisdicciones.

Así vgr., la **STS de 28 de junio de 1994** (dictada en casación para unificación de doctrina, en Sala General y con un solo voto particular firmado por un Magistrado) analizando el problema relativo a si cabe admitir la invocación de hechos nuevos por la Administración demandada distintos de los utilizados en la Resolución administrativa denegatoria, resolvió definitivamente tan controvertida cuestión señalando que la denominada exigencia

de congruencia entre el procedimiento administrativo y el proceso de Seguridad Social ha planteado históricamente delicados problemas ampliativos, debiendo entender que la **prohibición contenida en el artículo 141.2 de la LPL (no introducción de hechos distintos de los alegados en el expediente)** no puede ser entendida como que la Entidad Gestora no deba invocar más causas de oposición que las que expresamente haya establecido como motivación de la resolución inicial o en la desestimación de la reclamación previa, pues tal extrema interpretación plantea dificultades insuperables desde la perspectiva del principio de legalidad⁴ y obligaría además a una exhaustividad en las alegaciones y en la motivación muy difícil de cumplir en la práctica. Como quiera que los órganos judiciales están vinculados por el **principio de legalidad** y no pueden otorgar tutelas infundadas, sólo los hechos excluyentes que son excepciones propias en sentido de que el Juez no puede apreciarles sino son alegadas por la parte a quien interesan y que no afectan a la configuración legal del derecho no deben ser tomados en cuenta por el Juzgador de oficio, pero en cuanto a los demás hechos, el Juez debe apreciarlos, no ya cuando sean invocados por la Gestora demandada, sino incluso aunque no haya oposición del demandado o aunque no comparezca en juicio para oponerse.

d) El artículo 217 LEC y su aplicación al orden social

Como ya hemos advertido, la LEC de 2000 derogó el artículo 1214 del Código Civil, único precepto hasta el momento que regulaba la carga de la prueba, bien que defectuosamente, e incorporó en su artículo 217 los criterios jurisprudenciales y doctrinales que hemos referido.

Dicho precepto comienza por establecer lo que hemos llamado **“regla de juicio”**, esto es, una de las finalidades de las reglas sobre la carga de la prueba, tan es así que la ubicación de este precepto está en la regulación de las sentencias y no en las disposiciones generales sobre las prueba (art. 217.1 LEC: “Cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”).

Seguidamente se profundiza en la segunda función: el reparto probatorio como pauta para las partes, señalando que **“corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción”** e **“incumbe al demandado**

(4) El Tribunal Constitucional en Sentencia de 21 de noviembre de 1988 (recurso de amparo núm. 1576/1987) ya tuvo oportunidad de señalar que al amparo del art. 24 de la Constitución Española puede considerarse como indefensión la introducción *ex officio*, en un proceso, de hechos nuevos o cuestiones jurídicas nuevas cuando no se le da a la parte la posibilidad de alegar sobre ellas, pero no puede decirse que éste acontezca cuando la cuestión jurídica gira en torno a la aplicación de los requisitos por la Ley para la atribución del derecho a una determinada pretensión, no siendo objeto de estos procesos exclusivamente el examinar la legalidad de las resoluciones administrativas procediendo a su revisión, sin que verse además sobre el reconocimiento del derecho, por lo cual es legítimo que el órgano jurisdiccional que considera inexacta o errónea la resolución administrativa se plantee desde ese momento, si en el supuesto concurre o no la legalidad aplicable y si se dan o no los requisitos exigidos por la Ley.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que conforme a las normas que les sean aplicables, **impidan, extingan o enerven** la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior” a salvo siempre de que la Ley disponga otra distribución (art. 217. 5 LEC).

Se incluye un criterio adicional, que es el de la **facilidad probatoria**, en el último número del artículo 217 (“disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”). No es ello más que la incorporación a la ley de los criterios jurisprudenciales consolidados en la jurisdicción civil, y así en caso de dificultad probatoria de la naturaleza del hecho (STS de 29 de octubre de 1997), inexigibilidad de la prueba de un hecho negativo teniendo la otra parte a su alcance la prueba del hecho positivo contrario (STS de 13 de junio de 1996), o la mejor posición probatoria de una de las partes por su acceso a los medios de prueba (STS de 2 de diciembre de 1996), extensibles desde siempre a la jurisdicción social.

En el proceso laboral es de plena aplicación todo lo expuesto, conteniendo la LPL dispersas pautas sobre la carga de la prueba (artículo 105. 1, 114.3 y 122.1, sobre la carga de la prueba en los despidos, sanciones y despidos objetivos, respectivamente, art. 143.3 en seguridad social, art. 96 sobre la vulneración de derecho fundamental y no discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión, etc.(tras su muy reciente modificación) y 179.2 y 181, sobre la carga de la prueba en los pleitos de tutela de libertad sindical y demás derechos fundamentales y el acoso.

e) La inversión de la carga de la prueba

Establece el artículo 217 en su número 5 una salvedad general de las reglas de distribución de la carga de la prueba **cuan-do la Ley disponga otra cosa.**

Cuando se habla de inversión de la carga de la prueba, a veces se está aludiendo al cambio en la calificación de los hechos (constitutivos, extintivos, impeditivos) con lo que en realidad lo que se está haciendo es aplicar normalmente las reglas generales de la carga de la prueba.

Como la LEC no ofrece otra pauta al respecto, habrán de entenderse vigentes todas las apreciaciones doctrinales sobre el particular.

LA LPL CONTEMPLA LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA CUANDO QUEDE ACREDITADO EL INDICIO DE DISCRIMINACIÓN, CORRESPONDIENDO AL DEMANDADO LA APORTACIÓN DE UNA JUSTIFICACIÓN RAZONABLE Y PROBADA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

A este respecto conviene recordar que suele hablarse de una **inversión legal** (criterios de distribución legalmente previstos y contrarios a la regla general), una **inversión judicial** (en circunstancias excepcionales se admitió el cambio de la carga de la prueba, vgr., en los supuestos de mayor facilidad probatoria, hoy ya respaldado legalmente) y una **inversión convencional** (en materias concretas del ámbito civil se admite la disponibilidad de las partes para fijar criterios presuntivos o de alteración de la distribución de la prueba, mediante cláusulas del estilo de “salvo pacto en contrario” o “si de la obligación no se desprende otra cosa” que no serían aplicables con carácter general en el orden social, ya que el requisito de estas inversiones convencionales es que se trate de materias disponibles por las partes y que dichos pactos no hagan imposible o sumamente difícil cumplir con la carga probatoria. El **Código Civil italiano** –art. 2698– contiene una previsión de nulidad de esos pactos y cláusulas cuando afecten a materias indisponibles por los contratantes o cuando la modificación tenga por objeto hacer excesivamente difícil a una de las partes el ejercicio de su derecho. En nuestro ordenamiento sólo el artículo 10.4 de la **Ley 26/1984 de Defensa de Consumidores y Usuarios** contiene pauta semejante, se excluye la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario).

En el orden social la **previsión reina** de la inversión de la carga de la prueba es la previsión del artículo 179.2 LPL que contempla dicho mecanismo cuando quede acreditado el indicio de discriminación, correspondiendo entonces al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, previsión legal que realmente fue también la incorporación del criterio jurisprudencial decantado desde la STC de 22 de junio de 1989 (que mantenía una radical inversión de la carga de la prueba con sólo alegar la vulneración del derecho fundamental) hasta la STS de 16 de enero de 1991 y sucesivas, que consolidaron el criterio de “distribución razonable” ya recogido hoy en la LPL.

Recientemente, la **Ley 51/2003, de 2 de diciembre** (BOE del 3) de **igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**, ha introducido una novedad normativa de cierta importancia. Esta Ley menciona en su Exposición de Motivos que la fuente de dicha norma está en las Directivas aprobadas para adoptar “acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, u orientación sexual” (art. 13 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), citando expresamente la **Directiva 2000/43/CE** que se ocupa del principio de igualdad de trato y no discriminación de las personas por motivo de su origen racial o étnico, la **Directiva 2000/78/CE** para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión y convicciones, de discapacidad, de edad, o de orientación sexual, y la **Directiva 2002/73/CE** para la igualdad entre hombres y mujeres en los que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y condiciones de trabajo.

A la luz de todo ello, la citada ley introduce una **definición legal de acoso** (art. 7) al discapacitado, y en lo que nos importa, reseña la **inexistencia de un límite apriorístico en las indemnizaciones** a percibir por los discriminados por tal condición (art. 18) e

incluye una previsión de distribución de la carga de la prueba en su artículo 20, bajo el rótulo “**Criterios especiales sobre la prueba de hechos relevantes**” que es de aplicación a todos los procesos jurisdiccionales salvo los penales y contencioso-administrativos, que no es otra cosa que la consagración general en materia de discapacidad de las previsiones sobre indicio y carga probatoria del demandado contenidas ya en la LPL –art. 179.2– para la protección de estos derechos fundamentales en el orden social de la jurisdicción (“aportación de una justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” dice el citado art. 20).

Y en este proceso de adaptación del contenido de las Directivas Comunitarias ya aludidas, ha tenido lugar una reciente modificación articulada a través de la **Ley 62/2003, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social** (BOE de 31 de diciembre), que incorpora un capítulo (III) dedicado a “**medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato**”, que contiene unas disposiciones generales (art. 28, definición de discriminación directa, indirecta y de acoso – “toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o las convicciones, discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”) y luego en **dos secciones** dedica unas medidas de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial y étnico, con una previsión sobre la carga de la prueba en relación con los pleitos civiles y contenciosos en que existan indicios fundados de discriminación por el origen racial y étnico (art. 32) que es casi la reproducción del que acabamos de citar en la Ley 51/2003, y finalmente unas medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, **incorporando un precepto idéntico sobre la carga de la prueba (art. 36)**, en relación con igual clase de pleitos en los que el indicio de discriminación se vincule al origen racial o étnico, la religión o las convicciones, discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona en materia de acceso al empleo, condiciones de trabajo, promoción profesional, acceso a la actividad por cuenta propia y a la incorporación de cualquier organización en la que los miembros desempeñen una ocupación concreta⁵.

C) Valoración de la prueba

No contiene la LEC, entre sus disposiciones generales sobre la prueba las normas genéricas sobre la valoración de ésta, aunque, eso sí, **establece para cada medio de prueba las reglas específicas de valoración** (así, vgr., el art. 316 sobre la valoración del interrogatorio de partes, o arts. 319, 326 y 334 LEC sobre el valor de los documentos, art. 348 sobre el dictamen pericial, etc.), criterios todos ellos aplicables en el proceso social, ya que la LPL no contiene precepto alguno sobre el particular.

(5) Esta Ley ha venido también a modificar el ET y la LPL, incluyendo entre los derechos del trabajador el de “no ser discriminado por razón de discapacidad siempre que se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate” [art. 4.2.c) ET], el derecho a la protección frente al “acoso por razón de origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual” [art. 4.2.e) ET], se ha completado el art. 17 ET con las referencias a la discriminación directa o indirecta, a la discapacidad y a la orientación sexual y la garantía de indemnidad. Finalmente y en lo que a este trabajo importa, se completa el art. 96 LPL en lo relativo a la carga de la prueba (para referir la previsión no sólo al sexo, sino a todos los parámetros ya referidos,) y el art. 181 LPL, para dejar claro el cauce procesal de las demandas que pretendan la protección del acoso.

Con carácter general puede destacarse que la LEC sigue conservando la **tradicional división** entre los diversos sistemas de valoración de la prueba, así:

a) El sistema de **libre valoración de la prueba**, en virtud del cual el juez es soberano para apreciar la prueba y formar su propia convicción, pero deberá siempre sujetarse a las reglas de la lógica y experiencia, que tanto la antigua LEC como la vigente hoy denominan “reglas de la sana crítica”.

b) El sistema de **prueba legal o tasada**, en virtud del cual el juez no es libre de interpretar las pruebas según su conciencia, sino que debe hacerlo de la forma que viene impuesta por la Ley.

La LEC de 2000, como su antecesora, contempla ambos sistemas y también **fórmulas mixtas** (así art. 316 sobre el interrogatorio) y de igual forma, **rechaza la valoración “conjunta de la prueba”** como fórmula ritual exclusiva de decisión del litigio (el art. 284 de la LEC, al regular la exhaustividad y congruencia de las sentencias resalta cómo en su motivación éstas expondrán los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, introduciendo los elementos fácticos y jurídicos del pleito considerados individualmente y en su conjunto).

D) La prueba según el tipo de pretensión: despido nulo por vulneración de derechos fundamentales y despido improcedente

Es patente, pues, que, según venimos exponiendo, el esfuerzo probatorio no va a ser el mismo en un pleito de despido según si la demanda se articula en petición de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales o sólo improcedente, toda vez que el reparto probatorio será distinto. En el caso del despido disciplinario al empresario, dice el artículo 105 LPL, le corresponderá acreditar los hechos imputados en la carta de despido, esto es, debe convencer al juez de la realidad de los mismos, de la fecha en que se produjeron y de la autoría del despedido. Desde esa perspectiva, y considerando la inversión de alegaciones, prueba y conclusiones que ordena también dicho precepto de la LPL, cabría decir que al trabajador le basta con oponerse al despido, sin tener que proponer ni practicar prueba alguna, pues **el coste probatorio lo tiene la empresa en exclusiva**.

Desde luego nos referimos al coste o carga probatoria en lo referente a los hechos imputados, pues al trabajador le corresponde acreditar los hechos constitutivos de su pretensión, a saber: la existencia del despido, la antigüedad, categoría y salario que dice ostentar, y si es representante de los trabajadores.

Si por el contrario el despido se articula como **vulnerador de derechos fundamentales**, al despedido le corresponderá la acreditación de un **indicio** de discriminación (vgr., la coincidencia temporal del conocimiento del estado de embarazo y la decisión empresarial de no renovar su contrato temporal o de despedirla) al menos, a través de la acreditación de

un ambiente hostil, y al empresario le corresponderá la tarea de acreditar que la decisión de despido está absolutamente desconectada de la circunstancia o propósito discriminatorio. El trabajador además deberá acreditar el **perjuicio sufrido** (y proporcionar criterios objetivos de cuantificación) por la vulneración del derecho fundamental si solicitase una indemnización adicional (cuestión perfectamente posible y pacífica al menos desde la STS de 23 de marzo de 2000, RJ 3121).

E) *In dubio pro operario* y presunción de inocencia

No es correcto, en el ámbito del Orden Social de la jurisdicción, en el proceso laboral y en concreto del proceso por despido, hablar de “prueba de cargo” y acudir sin más al “principio de presunción de inocencia”.

En efecto, y siguiendo a la doctrina⁶ en este punto, son distinguibles **tres fases** en la doctrina del Tribunal Constitucional respecto del principio de presunción de inocencia en el proceso disciplinario: una primera representada por las Sentencias 24/1984, de 23 de febrero y 62/1984, de 21 de mayo, en la que se **admite implícitamente** la presunción de inocencia en este ámbito, **una segunda** (representada vgr., por las SSTC 36/1985, de 8 de marzo y 37/1985, de 8 de marzo) en donde se produce un salto cualitativo **reconociendo el derecho** a la presunción de inocencia en el ámbito disciplinario laboral y del proceso por despido porque tal principio “no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive en resultados proscrito o limitativo de sus derechos” (FJ 3º STC 36/1985, de 8 de marzo); y una **tercera y última fase** en que va el TC gradualmente revisando las consecuencias de su anterior doctrina hasta realizar una interpretación muy restrictiva de la operatividad de la presunción de inocencia en este ámbito, y así elimina contundentemente el juego de este principio en la conducta empresarial de despedir disciplinariamente, para seguidamente señalar que “la calificación por el juez laboral de una conducta como incumplimiento contractual o falta laboral no incluye juicio alguno sobre culpabilidad o inocencia del recurrente, cuyo derecho a ser presumi-

**EL LEGISLADOR
DIFERENCIÓ ENTRE
PRUEBA “ILÍCITA”
Y LA OBTENIDA
CON VULNERACIÓN
DE DERECHOS
FUNDAMENTALES, SIENDO
SÓLO ESTA ÚLTIMA DE
IMPOSIBLE APORTACIÓN,
ADMISIÓN Y PRÁCTICA**

(6) J. LAHERA FORTEZA, *La carga de la prueba en el despido disciplinario*, Editorial La Ley, pág. 16, citando a su vez los diversos estudios sobre dicha evolución jurisprudencial: Fernández López, Pedrajas Moreno, Rodríguez Piñero, etc.

do inocente, no puede, en consecuencia haberse vulnerado, para admitir que tampoco puede exigirse al despido la acreditación de la inexistencia de la causa de despido, pues esto violaría el artículo 24 CE (STC 81/1988, de 28 abril), con lo que puede concluirse que el **principio de presunción de inocencia en el despido disciplinario queda limitado en un espacio mínimo**, vinculado a la carga de la prueba, materia en la que juega el artículo 105 LPL, y tras cuya vigencia (LPL año 1990) el TC sigue sosteniendo que el despido disciplinario es una resolución contractual en cuya revisión jurisdiccional no hay un juicio de culpabilidad o inocencia del trabajador (SSTC 27/1993, de 25 enero y 6/1995, de 10 de enero).

F) Prueba ilícita y prueba inconstitucional

Sobre esta materia las posiciones doctrinales **no fueron inicialmente pacíficas**, existiendo posicionamientos enfrentados que oscilaban desde la aceptación de todo tipo de pruebas, se hubiesen obtenido como fuese, hasta el rechazo absoluto de cualquier medio de prueba obtenido ilícitamente⁷.

Los defensores de la **plena eficacia** procesal se basaban en la primacía del principio de averiguación de la verdad en el proceso y el carácter formalmente válido de estas pruebas ya que la presunta ilegalidad afectaría sólo a su obtención.

Por su parte los defensores del **rechazo pleno** de estas pruebas se apoyaban en el principio de que las conductas dolosas no pueden beneficiar al que las realiza, así como en la defensa de la legalidad, seguridad jurídica y estabilidad de las relaciones jurídicas.

La **LOPJ de 1985** en su artículo 11 (la reciente reforma de la LOPJ efectuada por la Ley 19/2003, de 23 de diciembre –BOE del 26– no ha afectado en nada a lo anterior, aunque sí tiene alguna previsión procesal afectante a los despidos, como por ejemplo, que los sábados serán desde su entrada en vigor días inhábiles a todos los efectos, piénsese el efecto que tiene ello sobre los plazos de caducidad) vino a despejar algunas dudas al respecto, al señalar que “no surtirán efectos las pruebas obtenidas directa o indirectamente vulnerando derechos o libertades fundamentales”, y por su parte la LPL señala en su **artículo 90** que “las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba (...) salvo que se hubieran obtenido directa o indirectamente mediante procedimientos que supongan vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas”.

Así pues, el legislador optó por la diferenciación ente la prueba “ilícita” (ilícitamente obtenida, vgr., la apropiación indebida de documentos, etc.) y la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, y sólo esta última debía considerarse de imposible aportación, admisión y práctica.

(7) GUASP. Comentarios a la LEC, Madrid, 1947, T. II, pág. 583, y MUÑOZ SABATÉ en Técnica Probatoria, 1967, págs. 77 a 80.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

Son precisamente las modernas tecnologías (informática, internet, audio, vídeo) las que permiten unas mayores y más sutiles posibilidades de vulneración de los derechos fundamentales, ya previas al proceso (vgr., Grabaciones para fundamentar un despido) y luego coetáneas a él (aportando como prueba el vídeo o audio obtenido), por lo que sobre este particular volveremos más adelante al analizar el nuevo medio de prueba regulado en los artículos 382 y siguientes de la LEC (de la reproducción de la palabra, sonido,...)

No obstante conviene resaltar que la LEC en este punto viene a completar y reiterar lo ya expresado por la LPL, y así en el **artículo 287** bajo el rótulo “Ilicitud de la prueba” expresa que cuando “*algunas de las partes entendieran que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado en su caso de las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá al comienzo de la vista en los juicios verbales. A tal efecto se oír a las partes y en su caso se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan sobre el concreto extremo de la referida ilicitud*”. Contra la resolución que resuelva la admisión de la prueba sólo cabrá recurso de reposición en el mismo acto, quedando a salvo de reproducir la impugnación en el recurso contra la sentencia definitiva.

La fórmula aquí descrita es aplicable a la jurisdicción social con carácter general⁸, si bien casa mal con la dinámica del juicio la posibilidad de recurso de reposición en el acto contra la inadmisión, así como la práctica de prueba específica sobre la ilicitud en un proceso en el que la proposición de prueba y su contenido puede ser desconocido hasta el instante mismo de su práctica (a menos que se hubiese advertido en la demanda o con antelación al juicio).

La fórmula más razonable para el proceso laboral será: el rechazo de aquella prueba que ya directamente y sin practicarla se revele como atentatoria a un derecho fundamental, inadmisión que tendría lugar tras el acto mismo de la proposición, y al amparo del artículo 87.2 LPL, frente a la inadmisión cabrá protesta y consignación razonada en el acta de la fundamentación de la inadmisión y lo mismo respecto de la admisión frente a la parte que perjudique.

En caso de que, como suele ocurrir, sólo después de practicada se revele como atentatoria de un derecho fundamental, deberá el juez no tenerla en cuenta y fundamentar las razones de ello en la sentencia. Cuestión distinta y compleja es hasta qué punto la prueba inconstitucional ya practicada pueda, aunque formalmente rechazada, influir en la convicción psicológica del juez.

Por lo que se refiere a la prueba **ilícita en sentido estricto**, su admisión y valoración es posible, sin perjuicio de que su obtención haya de tener luego repercusiones en otro orden (ilícito penal o administrativo, etc.), por lo que no es aceptable el rótulo genérico del artículo 287 cuando se refiere a la prueba ilícita.

(8) R. M^o. ALONSO GARCÍA, “El Proceso laboral y la nueva LEC”, Civitas, Colección Estudios de Derecho Laboral.

Debemos reseñar por último que la **apreciación de oficio de la inconstitucionalidad** de la prueba propuesta parece quedar supeditada a que así lo advierta el juez previamente a las partes, tal y como aparece regulada tal posibilidad (“cuestión que también podrá ser suscitada de oficio”)⁹.

G) Reflexiones sobre las pruebas de interrogatorio y testifical en los pleitos de despido

Son estas dos pruebas las que de ordinario causan en los pleitos por despido más problemas en Sala e incertidumbre en los litigantes, no tanto así la prueba documental (a salvo de las tachas de falsedad) o la pericial, por lo que nos centraremos en aquéllas.

1. Algunos problemas probatorios surgidos tradicionalmente en la prueba de confesión, hoy de interrogatorio de partes:

– **Confesión de las personas jurídicas.** Establece la LPL que por las personas jurídicas deberá comparecer a la prueba de confesión la persona que legalmente les represente y tenga facultades para absolver posiciones, y ha sido una constante en la jurisdicción la discusión sobre si debía comparecer el representante legal a los efectos mercantiles o societarios, o podía hacerlo el letrado externo y designado para la representación en ese juicio.

Las teorías al respecto se enmarcaron en tres tendencias¹⁰, la **organicista** (debe confesar quien tenga la condición de representante de la empresa según sus estatutos, así vgr., STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 1992, AS 5143), la **voluntarista** (debe confesar el representante legal, esto es, el designado al efecto por quien tiene facultades de apoderamiento, lo que apoyaría la confesión del letrado con poder, así STSJ de Andalucía de 9 de febrero de 1993, As. 692 y STSJ de Madrid de 8 de julio de 1997, AS 2629) y ambas fueron superadas por lo que sería la posición **ecléctica**, es decir, estar al caso concreto, a la necesidad de que sea confesante el representante mercantil, a la petición de tal extremo en la demanda y su aceptación por el juzgado, ya que las otras dos posturas llevan al extremo de que en una empresa grande se haga venir a confesar al apoderado o al presidente del consejo de administración cuando de seguro no tendrá en absoluto conocimiento directo de lo que interese al pleito, o al contrario, venga un letrado con poder que no tenga en absoluto noticia de lo ocurrido. (STSJ de Baleares de 22 de diciembre de 1995, AS 4702)

– **Confesión de las personas jurídicas públicas.** La anterior LEC contenía la previsión del artículo 595, en virtud del cual esta confesión se practicaría por vía de informe.

– **Confesión vía exhorto.** Hasta ahora era sistemáticamente rechazada la posibilidad de confesar por vía de exhorto, en tanto esta previsión de la LEC parecía una patente fractura del principio de inmediación y oralidad.

(9) E. JUANES y GARCÍA PERROTE, “La Prueba en el proceso de Trabajo. Novedades de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

(10) J. A. SANFULGENCIO GUTIÉRREZ y otros, “La prueba de confesión judicial”, en *Cuadernos de derecho procesal laboral*.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

– **La confesión del no representante, y la prueba testifical.** Como ya hemos señalado, la LPL contempla la posibilidad de que se designe como confesante a persona que tenga directo conocimiento de los hechos aunque no tenga la representación de la sociedad, siempre que el confesante asuma la responsabilidad por su declaración. Si esto se pone en relación con la teoría voluntarista de elección del confesante, podríamos encontrarlos con que se designa y elige como confesante por la parte demandante a una persona a quien la demandada pensaba proponer como testigo, dejándole sin prueba.

Las soluciones al respecto han sido variadas (que depongan ambas como testigos, que el letrado del confesante también le pueda preguntar, o incluso admitir su doble actuación como confesante, y luego como testigo, lo que planteaba graves problemas en la dinámica del juicio (¿debería haber permanecido dentro de la sala? ¿fuera de ella?)

– **La confesión del colitigante.** La regulación de la antigua LEC dejaba claro que la prueba de confesión se solicitaba de la parte **contraria**, por lo que no era admisible solicitar la confesión del colitigante, tan frecuente en los procesos laborales donde permanentemente asistimos a relaciones procesales litisconsorciales. Existía además un fundamento claro para su rechazo: la admisión en prueba de confesión de los hechos por uno de los codemandados daría lugar a tener por ciertos los mismos cuando en realidad podía existir comunión de intereses entre los demandados. En la práctica algunos juzgados admitían la confesión del codemandado cuando existía contraposición de intereses.

La regulación de la LEC de 2000. Solución de problemas.

1) El interrogatorio de las partes, para el que no se toma juramento, y respecto del que ya no hay que llevar, como ocurría en laboral, el pliego de preguntas, puede pedirse tanto de la parte contraria como de los **codemandados** o codemandantes, siempre que exista oposición o conflicto de intereses (art. 301). Algún autor ha criticado la previsión de que existiese conflicto de intereses argumentando que si se había llegado a pleito era precisamente por tal conflicto, sin reparar que cuando la LEC de 2000 regula en dicho precepto tal cuestión está hablando del “colitigante” respecto de otro colitigante, esto es, en la misma posición litisconsorcial.

2) En la realización práctica de la prueba de interrogatorio, todo sigue igual que antes, salvo que el propio letrado del que

**EL INTERROGATORIO
DOMICILIARIO PODRÍA
TAMBIÉN SER EXTENSIBLE
AL PROCEDIMIENTO
LABORAL CUANDO
SE DIERAN LAS
CIRCUNSTANCIAS DE
ENFERMEDAD U OTRAS
SITUACIONES ESPECIALES
DE LA PERSONA QUE
DEBA CONTESTAR AL
INTERROGATORIO**

conteste a las preguntas puede, una vez acabado el interrogatorio por el letrado que propuso la prueba, **interrogar él a su propio cliente** (art. 306.1) con lo que se soluciona el problema del confesante/testigo que aludimos más arriba.

3) Cabe el interrogatorio **cruzado** (art. 306. 2), a modo de careo entre las partes, cuando acudan sin letrado.

4) Sigue manteniéndose el fenómeno de la *ficta confessio*, aunque formulado en otros términos (arts. 304 y 307): “si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio o comparecida se negare a hacerlo, el tribunal podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos en que la parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial”, además de imponerle la **multa** del artículo 292 (180 a 1.800 euros). ¿Es esta multa aplicable a quien no comparezca a la práctica de la prueba de interrogatorio en el proceso laboral? Parece dudosa tal aplicación, pues aunque no exista previsión específica sobre el particular en la LPL, nuestra ley adjetiva parece reservar las posibilidades de multa sobre los litigantes a las contempladas en los artículos 97.3 (litigar con mala fe o temeridad) y 66.3 (incomparecencia injustificada en el SMAC y sentencia estimatoria)

5) Se contempla plenamente la posibilidad de que responda al interrogatorio **un tercero**, en el artículo 309, cuando se trate de confesión de personas jurídicas o entes sin personalidad, y el legal representante no hubiera intervenido personalmente en los hechos controvertidos, debiendo alegar tal circunstancia, facilitando la identidad de la persona.

6) La confesión **vía exhorto**, ahora que los principios inspiradores de la LPL parece que han calado en la LEC quizá podría admitirse¹¹ en los casos del artículo 169.4 LEC, y en la forma prevista en el artículo 313 LEC (esto es sólo cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte o por cualquier otra causa análoga resulte imposible o muy gravosa la comparecencia en el juicio a la práctica del interrogatorio. En este caso se acompañará por la parte proponente una relación de preguntas si es que no pudiera acudir al interrogatorio, que serían enviadas, previa declaración de pertinencia para la práctica de la prueba al juzgado exhortado. En el proceso laboral, esta situación choca con la unidad de acto, con lo que para poder hacerse, sólo tendría cauce por las medidas de prueba anticipada o como diligencia para mejor proveer.

7) El **interrogatorio domiciliario**, regulado hoy en los artículos 311 y 312 de la LEC podría también ser extensible al procedimiento laboral, por las mismas razones ya expuestas para el interrogatorio vía exhorto, cuando se dieran las circunstancias de enfermedad u otras situaciones especiales de la persona que deba contestar al interrogatorio que le impidan comparecer ante el tribunal.

(11) Admiten también esta posibilidad E. JUANES FRAGA y G. PERROTE ESCARTÍN, en *Comentario a la ley de Procedimiento Laboral* (J.L. MONEREO y otros) Granada, 2001, T. I, pág. 600. Parte de la doctrina, no obstante, discrepa sobre este particular. La posición negativa se sostiene en que la LPL regula un proceso basado en la oralidad y sus consecuencias y hay que ser consecuente con ello, no siendo admisible desvirtuar el sistema elegido por el legislador, de tal suerte que los principios del art. 74 de la LPL dependerían de algo contingente: el procedimiento sería oral si el confesante reside en un lugar cercano al juicio, y será escrito si reside en un lugar alejado.

8) La valoración de la prueba de interrogatorio se establece en el artículo 316, con un sistema **mixto de valoración tasada y legal**: en lo que no sea contradicho por las demás pruebas y sea enteramente perjudicial a la parte interrogada debe darse por probado. En lo demás se valorarán las declaraciones con arreglo a las normas de la sana crítica, es decir, conforme a un criterio de razonabilidad, coherencia y lógica, a salvo de los casos de negativa a declarar o insistencia en respuestas evasivas o en caso de incomparecencia pese a haber sido citado a esa prueba (arts. 307 y 304 LEC) en cuyo caso se tendrán por ciertos los hechos correspondientes.

2. La prueba testifical (valoración, número de testigos, tacha de testigos, criterio judicial).

Configura la prueba testifical uno de los mayores problemas en orden a la valoración que de ella haya de hacerse, visto que de ordinario se ofrecen testificales completamente **contradictorias**. Con el juego de la presunción de inocencia y en un litigio penal, las versiones testificales contradictorias abocarían a la absolución del imputado. En el caso de despido disciplinario ello llevaría a la improcedencia del mismo. El problema es que, como hemos visto, nos movemos en el campo de los incumplimientos contractuales donde no juega dicho principio, y por ende, pese a existir versiones contradictorias, el juez habrá de adoptar una de las tesis, o la otra, o parte de cada una como ciertas, para proporcionar en hechos probados una versión judicial de lo sucedido.

El problema radica ahora en saber cómo alcanzar el convencimiento del juez sobre cuál de las dos versiones ofrecidas es la que responde a la realidad de los hechos, por qué el juez cree a un testigo y a otro no. Sobre esta cuestión, de enorme complejidad que conecta incluso con la comunicación no verbal o gestual del testigo, podrían establecerse algunas pautas indicativas:

a) No importa tanto el número de testigos como la calidad de éstos: la propia LPL establece la facultad del juez de limitar el número de testigos, lo que también hace la LEC de 2000, que los cifra en tres máximo por cada hecho controvertido.

b) La calidad del testigo puede responder al binomio apariencia de honestidad/desvinculación de la parte que lo propone: cuanto más alejados de la empresa sean los intereses del testigo que depone mayor será su credibilidad, y así mismo, cuanto mayor aplomo ofrezca en sus respuestas, y muestre menor dependencia de las preguntas del letrado que le propone (vgr., ofreciendo de un tirón por sí mismo su versión de cómo se produjeron los hechos) más éxito se augura a dicho testigo.

c) Es muy interesante, en el marco de la búsqueda de la verdad material que ya aludimos más arriba, que el juez interroge en Sala al testigo por sí mismo directamente, incluso antes que los letrados hayan procedido a la formulación de ninguna pregunta, de tal suerte que la versión ofrecida por el testigo directamente al juez siguiendo un orden de preguntas y un contenido de éstas de imposible previsión por la parte que le propone, fortalecerá la veracidad del testigo propuesto.

d) No obstante todo lo expuesto, recuérdese que en el proceso laboral no hay tacha de testigos, que es frecuente –dada la duración e intensidad de las relaciones laborales– que todos los testigos estén vinculados con una o ambas partes por relaciones de amistad, enemistad o dependencia, lo que no invalida su testimonio, y que el juez debe apreciar los testimonios conforme a las reglas de la sana crítica tomando en consideración la razón de ciencia que hubieran dado y las circunstancias que en ellos concurran (art. 376 LEC).

3. GRABACIONES DE AUDIO Y VIDEO

A) Situación anterior a la LEC de 2000. Las pruebas fotográficas y de audio y vídeo, su naturaleza jurídica

La LPL en su artículo 90 expone la admisión de todas las pruebas, incluidos los medios mecánicos de reproducción de la palabra, imagen y sonido, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, con violación de derechos fundamentales.

Por su parte la LOPJ hacía referencia a esos medios de reproducción pero sólo referidos a la constatación y registro de las actuaciones judiciales.

Con tan escasa regulación los **Juzgados de lo Social** venían actuando del siguiente modo: cuando se proponía como prueba una grabación (vídeo, grabación sonora, o cámara de seguridad) era indispensable, primero, que la parte solicitase del juzgado el mismo día una **autorización** para poder introducir en los juzgados de lo Social el correspondiente aparato reproductor de vídeo y pantalla de televisión, pues no se disponía en los juzgados de ella (en la actualidad se dispone de un solo TV y de un aparato de vídeo, con lo que sería buena medida llevarlos la parte consigo ante la posibilidad de que dichos artefactos fueran necesitados por varios juzgados a la vez).

En tales circunstancias, se revelaba tan notoria la proposición de este tipo de pruebas que la parte contraria, en su fase de alegaciones ya podía objetar lo que tuviese a bien sobre la prueba que se avecinaba, y en cualquier caso, una vez propuesta, se discutía previamente sobre si se admitía o no (en ocasiones el hecho era reconocido y por ello inútil el visionado de la cinta) debiendo consignar protesta la parte que se sintiese perjudicada por su admisión o inadmisión. En cualquier caso obsérvese que el juez debe decidir sobre la admisión de la prueba sin conocer, quizá hasta el mismo momento del visionado o la audición, en qué condiciones se ha obtenido la grabación. Por si acaso, se procedía también a solicitar de las partes si consideraban necesario celebrar el pleito a **puerta cerrada** desde ese instante, en tanto lo que se vaya a ver o escuchar pudiera venir acompañado de facetas atinentes a la intimidad de los interesados. Una vez practicada, se unía a autos la grabación, que se iba describiendo someramente en acta (habitualmente se traía por la parte una transcripción). Luego el Juez al tiempo de poner sentencia, y como cuestión previa, analizaba previamente la validez de la prueba, y en caso de considerarla obtenida con violación de derechos fundamentales, debía desconocer su contenido.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

Ocasionalmente las cartas de despido ofrecen (parece del todo aconsejable) datos suficientes explícitos, o implícitos, de la existencia de este tipo de pruebas, lo que facilita su conocimiento por el despedido, y agiliza la práctica probatoria en tanto puede ya articular contrapruebas al respecto.

En cualquier caso ahí no se acababan los problemas. Y es que tradicionalmente se había venido entablando una polémica procesal sobre la posibilidad de admitir o no ese tipo de pruebas, y más aun, sobre qué concreta naturaleza tienen, ya que no es cuestión baladí que se consideren documentos o reconocimiento judicial, o un *tertium genus*, pues si los soportes magnéticos, gráficos, o informáticos no fuesen documentos, no tendrían la eficacia probatoria tasada que les confiere la LEC a los documentos, y más aun no servirían como soporte a un recurso de duplicación.

Tradicionalmente sobre la condición o no del “documento de este tipo de prueba se ha distinguido en la jurisprudencia civil tres etapas: a) restrictiva, representada por la STS de 30 de octubre de 1981 (Ar. 4680) en la que sobre una grabación magnetofónica se barajó el concepto tradicional de documento como soporte escrito y se rechazó tal carácter de la grabación, cuestionando además la dificultad de su autenticación; b) etapa de transición, representada por la STS de 3 de noviembre de 1992, que admitió su validez como prueba documental especial siempre que fuera acompañada de otras pruebas que den seguridad de su autenticidad (evitar los montajes, alteraciones, etc.), y c) la fase de admisión, representada por la STS de 24 de marzo de 1994, que aceptó la validez documental de una cinta magnetofónica si se aporta al juicio por la parte, se admite por la contraparte o se prueba la veracidad de la misma, y se escucha por todas las partes en el juicio, permitiendo la contradicción.

B) Situación actual tras la LEC. Pruebas de audio y vídeo

Hoy parece que es evidente que estas pruebas no son documentales en sentido estricto (ni tampoco –como siempre afirmó la mayoría de la doctrina– reconocimiento judicial) ya que se regulan en sección aparte (arts. 382 a 384).

Se establece la posibilidad de su proposición y práctica (la última de las pruebas a practicar, según el orden de la LEC) acompañada de transcripción escrita –es muy aconsejable– pudiendo la parte que la propone y las demás proponer a su vez

TRAS LA LEC SE ESTABLECE LA POSIBILIDAD DE PROPOSICIÓN Y PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS DE AUDIO Y VÍDEO ACOMPAÑADA DE SU TRANSCRIPCIÓN ESCRITA

pruebas instrumentales que apoyen o pongan en cuestión la autenticidad de la grabación, del sonido o de la imagen. Se levantará la oportuna acta en la que se consignaran los datos de identificación de las filmaciones o grabaciones, quedando el material bajo la custodia del tribunal. Lo mismo sobre los instrumentos en soporte informático (art. 384).

Es importante destacar que si dichos medios de prueba quedan en custodia del tribunal, ello implica que **no se ofrece copia** a la otra parte, y que **tampoco serán elevados** con el pleito al tramitar el recurso de suplicación. A este respecto, se ha pronunciado en tal sentido el TSJ de Madrid en Sentencia de fecha 12 de marzo de 2003 (recurso 5730/2002), confirmatoria de un auto dictado por mí, en base a los argumentos ofrecidos desde el propio Juzgado: cuando la LEC habla de entregar copia a la parte contraria, lo hace refiriéndose a los documentos, y así mismo, la entrega de copia de la cinta viene sólo referida a los casos de grabación del juicio, como ocurre ahora en la jurisdicción civil. Sin embargo, la previsión legal específica del artículo 383.2, literalmente expresa que: “el material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el Tribunal, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones”. Ello significa que a la hora de recurrir por las partes una sentencia de despido que se haya producido en un pleito en el que se articuló una de estas pruebas, no hay que entregar la cinta junto con los autos para formalizar, lo cual tiene a su vez un doble soporte: el secretario, dice la ley, reseñará en el acta sucintamente lo que sea necesario para la identificación de las filmaciones o grabaciones, y segundo, el recurso de suplicación no es una segunda instancia, sólo son útiles a estos efectos las periciales y documentales, con lo que el tratamiento de las imágenes en la valoración de la prueba tiene el mismo carácter que en la testifical: es lo que diga el juez de instancia lo que prevalece.

No obstante, existen pronunciamientos en sentido contrario, como el contenido en la STSJ de Galicia de 3 de mayo de 2002 (AS 3411) que literalmente expone lo que sigue:

“Aparentemente, el cambio que la LEC de 2000 significa habría de traducirse en que en el recurso de suplicación ya no fuese posible revisar hechos por los medios probatorios que el art. 90.1 LPL autoriza, aparte de los añadidos por el art. 299 LEC, dado que hoy en día no pueden considerarse ‘documental’ en sentido técnico. Y aunque por un autorizado sector de la doctrina se haya afirmado que los medios de prueba no escritos ni en soporte de papel no son documentos y –por ello– no permiten fundamentar la revisión de los hechos declarados probados, la Sala discrepa de tan autorizada opinión, en la creencia de que la novedad legislativa se olvidó del recurso de suplicación y de sus motivos tasados. Y por las siguientes razones:

- a) No parece proporcionado cercenar tan drásticamente el juego tradicional del recurso sólo por una precisión técnica de la supletoria LEC y sin una expresa disposición legal que lo limite al efecto.
- b) En algún otro precepto la misma LEC de 2000 se adopta un criterio amplio de la ‘documental’ y asimila el tratamiento de los documentos en sentido estricto y de los medios

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

probatorios asimilados. Nos referimos al art. 270, que bajo el epígrafe de ‘presentación de documentos en momento no inicial del proceso’ pariguala insistentemente a ‘documentos, medios o instrumentos’. Por lo que incluso pudiera razonarse que si la redacción legal –art. 231 LPL, en relación con el art. 270 LEC– consiente la aportación de documental impropia con el escrito por el que se formaliza el recurso, necesariamente no puede negarse su eficacia probatoria (revisoria, en fase de suplicación), pues su aportación con los escritos de formalización no puede sino tener esa finalidad.

c) Que en la realidad diaria se aportan al juicio reproducciones o copias en soporte papel obtenidas de fuentes informáticas, por lo que resultaría paradójico negar la eficacia revisoria del original y admitir la de su copia o materialización. Y

d) Que a mayor abundamiento se ha señalado que el concepto amplio de documento es el que impera en el resto del ordenamiento jurídico, con el que ha de resultar congruente la interpretación de la LEC; que la comunicación entre individuos y empresas se hace originariamente –cada vez más– en los nuevos soportes de esta naturaleza; y que no puede cerrarse el acceso de la realidad al proceso y obligar al Tribunal Superior a trabajar sobre una verdad manifiestamente inexacta.”

C) Criterios sobre la constitucionalidad de este tipo de pruebas. Derechos Fundamentales comprometidos

El problema fundamental de este tipo de pruebas, con soporte audio/vídeo, es que con mucha frecuencia son tachadas en el momento de su proposición como **obtenidas en contravención de algún derecho fundamental** (esencialmente el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones), respecto de lo cual es conveniente recordar la jurisprudencia del **Tribunal Constitucional** sobre el particular:

a) Los Derechos Fundamentales, y de entre ellos el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 18.1 CE, se configura como un derecho vinculado a la propia personalidad, derivando sin duda de la dignidad de la persona que consagra el artículo 10.1 CE, y ello implica que “existe un ámbito propio y reservado frente a la acción y reconocimiento de los demás, necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana” (SSTC 170/1997, de 14 de octubre, y 202/1999, de 8 de noviembre, entre otras) y por ende, **este derecho a la intimidad es aplicable a las relaciones laborales** (STC 98/2000, de 10 de abril).

b) No obstante, ningún derecho fundamental es absoluto, por lo que **puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes** siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo, y en todo caso, que sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994 y 143/1994).

c) Puede concluirse en consecuencia, que el **poder de dirección del empresario**, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (art. 20 ET), atribuye al empresario la facultad de adoptar medidas que estime más oportunas de vigilancia y

control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales, pero esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto de la dignidad del trabajador.

Podríamos aquí añadir que a nivel de **derecho comparado**¹² es comúnmente aceptado oponerse a la adopción de sistemas de grabación indiscriminada de imágenes sobre la base de la limitación de la dignidad y de la libertad que represente para los trabajadores sometidos a aquéllos y por el carácter continuo e interrumpido que presenten.

d) Es preciso por ello que exista el **necesario equilibrio** entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo para el trabajador en el ámbito –modulado por el contrato de trabajo, pero en todo caso subsistente– de su libertad constitucional (STC 6/1998).

e) El control jurisdiccional para decidir si una determinada prueba ha sido obtenida con violación de un derecho fundamental debe partir del análisis de lo que el TC llama el **“Juicio de Proporcionalidad”**¹³: la medida adoptada para su obtención debe ser idónea (juicio de **idoneidad**), esto es, debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto, debe ser necesaria (juicio de **necesidad**) es decir, que no exista otra media más moderada para obtener igual objetivo con idéntica eficacia, y finalmente la medida debe ser ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de **proporcionalidad estricto**).

Así el TC ha declarado como constitucionalmente obtenida y acorde al citado principio la prueba de una grabación mediante circuito cerrado de televisión porque existían razonables sospechas de la comisión de irregularidades por el trabajador, era necesaria pues configuraría la mejor prueba de tales sospechas, y proporcionada, pues se limitó a una zona (la caja) y por un tiempo determinado (STC 186/2000, de 11 de agosto), y sin embargo, rechazó la medida empresarial (y con ella la obtención de prueba alguna a través de ella) de añadir un sistema de grabación de sonido para mayor seguridad donde ya existían otros sistemas de control de grabación de imágenes, pues en tanto no se había revelado una quiebra de los existentes ni resultaba indispensable para la seguridad del casino, más bien obedecía al propósito de controlar genéricamente el cumplimiento de sus obligaciones por los trabajadores (STC 98/2000).

(12) D. MARTÍNEZ FONS, “El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo”, *Actualidad Laboral*, Editorial La Ley.

(13) La doctrina ha destacado también cómo el TC utiliza a veces una segunda modalidad del canon de proporcionalidad, que es el **criterio de la ponderación** (se utilizó en el caso conocido del trabajador de explosivos Río Tinto que fue despedido por manifestar en una junta de accionistas duras expresiones contra la dirección de la empresa), donde se prescinde del test de adecuación e imprescindibilidad: para ello se comprueba que se esté en el ejercicio de un derecho fundamental, no en un abuso del mismo, en segundo lugar se constata la magnitud del conflicto y los efectos que produce en los derechos de los afectados, y finalmente se establece un canon de prevalencia condicionada: un criterio aplicable en exclusiva al caso concreto. Igualmente otro método argumental utilizado por el TC en estos casos es el conocido como de **“concordancia práctica”** (se utilizó en los casos de transfusión sanguínea de los testigos de Jehová), donde los criterios son los de acomodación razonable de derechos y el criterio del gravamen excesivo.

f) Finalmente, cuando una prueba de estas características es obtenida conforme a los parámetros expuestos, no cabe tildarla de inconstitucionalmente obtenida o producida, y en consecuencia su aportación al pleito y su admisión por el juez no puede **vulnerar el artículo 24 de la CE** (derecho a un proceso con todas las garantías) siempre que las grabaciones (hasta el momento de la sentencia, “documentales” para el TC) por sí o con otros medios de prueba, no ofrezcan dudas sobre su **autenticidad**, y que sean aportadas al juicio y visionadas con plena **contradicción** (STC 186/2000).

D) Contrapruebas

La contundencia de este tipo de pruebas, una vez que se han obtenido con pleno respeto de los derechos fundamentales del trabajador, hace difícil la articulación de contrapruebas, pero ello no es infrecuente.

Habitualmente se trata de **negar la identidad** del sujeto que aparece en la grabación, si no es de muy buena calidad y no permite su perfecta identificación. En tales casos la grabación precisará del reforzamiento con la testifical oportuna (de ordinario el detective que ha sido contratado para el seguimiento, u otro empleado que acredite la efectiva presencia en la hora y día en el lugar de los hechos y la grabación).

Otras de las cuestiones planteadas es la posible **alteración de la hora y día** de la grabación (lo que es factible en todo aparato de vídeo) a cuyo fin habrán de seguirse las técnicas habituales de constatación de la fecha con un diario de tirada nacional incluido en las imágenes.

También, y mucho más problemática, es la **impugnación de la autenticidad** de la cinta: alegaciones del tipo “es un montaje”, o “la voz que aparece no es la del afectado”, etc. Ello supondrá la necesidad, de ordinario, de adoptar como diligencia para mejor proveer las pruebas necesarias para contrastar esos datos, algo que ya tuve la oportunidad de poner en práctica en torno al año 1992, en un pleito de despido donde se aportaba una grabación de contenido demoledor que teóricamente contenía una conversación entre el despedido y su empresario grabada por aquél sin conocimiento de éste (no se olvide que eso es perfectamente constitucional mientras se trate de conversación propia).

EL CONTROL JURISDICCIONAL PARA DECIDIR SI UNA DETERMINADA PRUEBA HA SIDO OBTENIDA CON VIOLACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL DEBE PARTIR DEL LLAMADO “JUICIO DE PROPORCIONALIDAD”

4. EL E-MAIL Y DEMÁS MODOS HABITUALES DE COMUNICACIÓN

A) El correo electrónico e Internet. Uso indebido

Como ya anticipé más arriba, y seguro que ha sido objeto de análisis en alguna de las ponencias que me han precedido, las **nuevas tecnologías son un campo propicio para la duda** y la incertidumbre desde la perspectiva del ejercicio del poder disciplinario, y al mismo tiempo, dado su poder de control y acumulación de datos, **campo abonado para la vulneración de derechos fundamentales**, razón por la que la cautela ha de ser máxima en este terreno.

La posibilidad de comunicarse el trabajador con otros compañeros de trabajo, o con el exterior de la empresa, a través del ordenador de la empresa cuyo uso tiene atribuido mediante el correo electrónico, así como la posibilidad de acceder a información de Internet desvinculada con el contenido del trabajo está siendo, cada vez más, objeto de estudio por los tribunales en el análisis de reacciones disciplinarias de los empresarios.

Desde la perspectiva que a nosotros nos ocupa ahora, la probatoria (validez de estas pruebas), son **dos los interrogantes** que se nos plantean y que algunos autores ya han abordado¹⁴:

1ª. ¿Puede constituir un **acto de vulneración** de derechos fundamentales del trabajador (intimidad, honor, imagen, inviolabilidad de las comunicaciones) **el acceso por el empresario al programa de correo electrónico** instalado en el ordenador de aquél?

2ª. Si la primera pregunta tuviera una contestación afirmativa, la segunda sería irrelevante; pero si el empresario pudiera acceder a esa información **¿debería tener alguna cautela al hacerlo** o tendría la facultad de poder acceder en cualquier momento?

La inmensa mayoría de las **respuestas** a esos interrogantes ofrecidas por los Tribunales¹⁵ han sido **negativas**: no configura un acto de vulneración de derecho fundamental alguno el control por el empresario de los correos electrónicos de sus empleados, o la comprobación de las páginas web visitadas, de forma que los datos así obtenidos para fundamentar un despido no configurarán prueba inconstitucionalmente obtenida (otra cosa es que luego el comportamiento del trabajador sea suficientemente grave o no y se desemboque en la improcedencia, pero nunca en la nulidad. Aun así será necesario tomar **ciertas cautelas** para garantizar el respeto a los derechos fundamentales, y la evitación de un pronunciamiento de nulidad del despido, cautelas sobre las que luego volveremos).

(14) Á. SUÁREZ SÁNCHEZ DE LEÓN, "El acceso por el empresario al Correo Electrónico de los trabajadores", *Actualidad Laboral*, Semana del 25 octubre de 2001.

(15) Existen no obstante algunas excepciones, como por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2000, que consideró acceder a la cuenta de correo del despedido era como acceder a su taquilla en los términos del art. 18 del ET.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

En este sentido podemos destacar a título de ejemplo la STSJ de Madrid 772/2001 (Sala de lo Social, Sección Segunda), de 13 de noviembre, recurso de suplicación 2899/2001 (As 2002\471), en la que se declaró procedente el despido del trabajador que efectuó navegaciones irregulares en la red de Internet con descarga y visualización de archivos durante la jornada laboral que supuso una transgresión de la buena fe contractual, y expresamente se rechazó que dicho acceso a los archivos del ordenador configurase una vulneración de derechos fundamentales.

Podríamos citar aquí la Sentencia del mismo Tribunal de fecha 10 de abril de 2003 (recurso 5352/2002), dictada en un supuesto en el que la empresa accedió al ordenador portátil propiedad de la empresa y usado por el trabajador a fin de comprobar los correos electrónicos enviados por él, pese a su oposición y sin su presencia. El Tribunal resolvió que dicho actuar no vulnera los derechos fundamentales del actor, visto que se trataba de una medida adecuada (existían razonables sospechas de utilización indebida) era idónea (la única forma de verificar la utilización del correo electrónico) y necesaria, teniendo como única finalidad la expuesta y limitándose a ello el registro.

B) Diferencias con otras figuras afines: el registro de taquillas o la interceptación de conversaciones telefónicas

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, el mayor escollo que ha presentado el acceso del empresario a los archivos del ordenador que tiene atribuido el trabajador ha sido su similitud al supuesto en que el empresario accede a efectos personales del trabajador, o su taquilla, o a los cajones de su puesto de trabajo¹⁶.

No obstante, la doctrina se pronuncia en su mayor parte contraria a tal asimilación, pues en definitiva, la “persona del trabajador, su taquilla, y demás efectos particulares” de que habla el artículo 18 ET (y cuya inspección sólo puede producirse cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial o del de los demás trabajadores de la empresa, y sólo se podrá hacer dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo) configuran enseres u objetos de utilización exclusiva por el trabajador y por ende depositarios de cualesquiera datos u objetos atinentes a la más cerrada esfera de intimidad. Sin embargo, el ordenador es un instrumento o herramienta de trabajo propiedad de

(16) Ello llevó, por ejemplo, a la Sentencia del TSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2000 ya citada a considerar nulo el despido. En el caso enjuiciado por este Tribunal quedó acreditado que el empresario había procedido a efectuar un registro en el terminal informático que utilizaba el trabajador, ante la sospecha de que lo utilizaba para fines personales además de los laborales; durante ese “registro” el empresario procedió a efectuar una copia de varios archivos guardados en el disco duro del ordenador, concretamente en la carpeta “Mis documentos” (incluido un archivo denominado “Pepote”). Al entender que esos archivos personales creados por el trabajador en el ordenador de la empresa constituían una infracción al deber de buena fe en el desarrollo de la relación laboral, el empresario le impuso una sanción. En lo referente a la protección de los derechos fundamentales, establecen los fundamentos de derecho de esa sentencia, por un lado, que “el ordenador a estos efectos debe asimilarse a la taquilla”, añadiendo a continuación “que no podemos olvidar que dicho ordenador es un instrumento de trabajo propiedad de la empresa y que no debe ser utilizado para otros fines diferentes que la realización de la actividad laboral, por lo que no cabe hablar de documentos personales incorporados al mismo”. Afirmando que la “posibilidad de efectuar registros en las terminales de ordenador de los trabajadores no es un derecho absoluto e incondicionado de la empresa” puesto que al establecerse por el art. 18 ET determinadas condiciones para los registros de los efectos personales del trabajador éstas han de cumplirse y la empresa en cuestión “ni siquiera adujo causa o motivo alguno para la realización del registro en cuestión”. Por ello la sentencia que analizamos declaró que el “registro” violó el derecho a la intimidad del trabajador, produciendo una lesión del derecho de intimidad del trabajador.

la empresa, cuya utilización debe adecuarse a las reglas de la buena fe y a la normativa interna de la empresa que exista sobre el particular.

No puede entenderse que el acceso del empresario a los contenidos de los correos electrónicos configure tampoco una violación del **secreto de las comunicaciones** del artículo 18.3 CE porque como dice la **STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000** (Ar. 3452) y ha reiterado la doctrina¹⁷ no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto deba ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales¹⁸.

Aun así, es preciso destacar una **discordancia que se produce entre los tribunales laborales y los penales** en orden a valorar las consecuencias del acto empresarial consistente en acceder a la cuenta de correo electrónico de un empleado. Y es que recientemente ha saltado a los medios de comunicación y publicado también a través de Internet (Europa Press, 29 de enero de 2004), la decisión de la **Audiencia Provincial de Madrid** de revocar el Auto de un juzgado de Instrucción por el que se archivaba la denuncia de una empleada que había sido despedida por su empresa tras averiguar ésta, adentrándose en sus correos electrónicos, la utilización indebida de los mismos. En la vía laboral la trabajadora había obtenido la improcedencia del despido, pero como quiera que la empresa aportó a juicio los correos electrónicos emitidos y recibidos por aquélla, la trabajadora procedió a denunciar a su empresa por la vía penal.

El Juzgado de Instrucción entendió que no se encontraba ante un delito de los recogidos en el artículo 179 del **Código Penal** (dicho artículo tipifica penalmente como delito de descubrimiento y revelación de secretos la conducta de quien, “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación”).

La Audiencia Provincial de Madrid sin embargo ha revocado el auto de archivo con base en los siguientes argumentos, que transcribo literalmente de su resolución (auto de fecha 23 de enero de 2004):

“tales hechos suponen que la empresa para la que prestaba sus servicios como empleada la denunciante instaló un mecanismo para tener acceso a los correos electrónicos que realizara la denunciante en el ordenador cuyo uso tenía atribuido en el centro de traba-

(17) J. A. SANFULGENCIO, ¿Es privado el E-Mail?, Revista oficial del Ilustre Colegio de Graduados Sociales de Madrid.

(18) A este respecto convendría resaltar la STS de 28 de marzo de 2003 (recurso 81/2002) que efectuó algunas consideraciones en torno a la utilización sindical del correo electrónico desde la perspectiva del secreto de las comunicaciones, descartando la afectación de tal derecho y delimitando el ámbito de discusión a una cuestión de legalidad, esto es, de interpretación sobre si el Sindicato había cumplido o no las previsiones convencionales de Telefónica sobre la utilización del correo electrónico.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

jo, y conocer de tal forma el contenido de dichos correos, llegando efectivamente a acceder al contenido de mensajes privados remitidos por la denunciante, y aunque la última finalidad perseguida por la empresa fuera el conseguir pruebas para el despido de la denunciante, es claro que tuvo que conocer que con tal actuar vulneraba la intimidad personal de la denunciante en la variante del derecho al secreto de las comunicaciones, por lo que la conducta objetiva de la empresa estaba intencionadamente destinada como finalidad inmediata a vulnerar la intimidad de la denunciante.

Sin que los argumentos contenidos en la motivación del auto recurrido tengan virtualidad suficiente en sentido contrario a lo que se acaba de exponer en este auto, pues no se entiende qué quiere expresar el Juez de Instrucción con la motivación del auto recurrido, ya que, por un lado, la denunciante expone con claridad que, en su parecer, se ha vulnerado su intimidad en la variante del secreto a las comunicaciones, y, por otro lado, el informe emitido por doña SLG vendría a corroborar los hechos denunciados, pues la simple lectura del citado informe, siempre que dicha lectura sea del texto completo y no se limite a sus conclusiones, pone de manifiesto que se había instalado en el ordenador un programa especial de grabado que recogía todas las operaciones realizadas con el ordenador, entre ellas los correos electrónicos enviados y recibidos con su ‘compañero sentimental’.

C) Cautelas a tomar por el empresario para garantizar el respeto de los derechos fundamentales

Son variados los consejos que pueden ofrecerse en esta materia, pudiendo señalar algunos criterios que servirán para sentar cierto equilibrio en la utilización de las herramientas informáticas de la empresa, para evitar su uso abusivo, creando un escenario seguro y respetuoso de los derechos fundamentales, que redundará luego en la evitación de decisiones lesivas de derechos fundamentales, como por ejemplo¹⁹:

1. La fijación de un **Código de conducta** o normas básicas sobre la utilización del correo electrónico y el acceso a Internet.

LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS POR EL ACCESO DEL EMPRESARIO A LOS CONTENIDOS DE LOS CORREOS ELECTRÓNICOS DE LOS TRABAJADORES NO SUPONE UNA VIOLACIÓN DEL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES DEL ARTÍCULO 18.3 CE

(19) Seguimos aquí los ofrecidos por el autor acabado de citar en la nota 17 en el artículo mencionado.

2. Señalar en el **contrato de trabajo** o en cláusulas anexas todo lo que esté vedado en cuanto a los equipos informáticos, y advertir el control aleatorio de los correos electrónicos enviados y recibidos por el trabajador.
3. **No acceder al examen indiscriminado** de los correos de los trabajadores, salvo que exista una sospecha fundada del uso indebido o se pretenda la protección empresarial o de los demás empleados.
4. Recabar con carácter previo al control o registro la **voluntariedad** del trabajador afectado.
5. Desarrollar en la **negociación colectiva** mecanismos de control empresarial de estos medios informáticos²⁰.

D) El control mediante el sistema informático, el trabajador transparente

Respecto de lo que se ha dado en llamar el “**trabajador informático**”²¹ son cada vez más frecuentes los pleitos en el que se pone de manifiesto un control “minuto a minuto” de todas las tareas del trabajador, pues el propio sistema controla cada pausa, por mínima que sea, lo que ha llevado a la doctrina Italiana a rechazar el control que genera un “**trabajador transparente**”, ese control penetrante que puede proporcionar la informática, señalando un diferente tratamiento según si el control es una consecuencia no buscada de propósito sino secundaria a otras utilidades, o si es un control que no persigue otro fin que ése.

En nuestro ordenamiento algo así ocurre *vgr.*, con los trabajadores de **Telemárketing**, donde el ordenador controla las pausas efectuadas en la atención de llamadas, siendo además que se utiliza un sistema de grabación de las conversaciones con los clientes que es “testado” aleatoriamente para el control de la calidad de la atención y del cumplimiento de los protocolos de actuación frente al cliente que la empresa tenga señalados, pudiendo así mismo oír directamente por parte del supervisor la conversación del teleoperador con un cliente.

En todos estos supuestos, siendo la situación conocida por los trabajadores, y con pleno respeto de los criterios de proporcionalidad ya aludidos, ningún reproche podrá ponerse, desde la perspectiva de la ilicitud de la prueba, a las aportadas (en este sentido, *vgr.*, la **Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de enero de 2003**, núm. 5/2003, dictada en pleito de conflicto colectivo en ese sector, donde se solicitaba la declaración de ilegalidad

(20) Puede consultarse a este respecto el trabajo titulado “Una propuesta de regulación del uso de los medios electrónicos de comunicación en la empresa” de C. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, publicado en el diario *la Ley*, Nuevas Tecnologías. Suelen citarse como ejemplos paradigmáticos de regulación convencional en esta materia los Convenios de Telefónica y de Adecco.

(21) Seguimos aquí el trabajo titulado “La incidencia de las nuevas tecnologías en la intimidad y libertad de los trabajadores” de J. MARIJUAN IZQUIERDO, *El Laboralista*, 1^{er} Trimestre 2001.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

de las escuchas practicadas, y que resuelve con arreglo al juicio de proporcionalidad la corrección de esa medida).

Imaginemos, por último, la cantidad de problemas probatorios que provocarán los pleitos que tengan como fundamento el control de los “tele-trabajadores”²² que, por esencia, desempeñan sus tareas en su propio domicilio (existen convenios Colectivos que contemplan la posibilidad de control del concreto puesto de trabajo mediante visita del empresario a la casa del trabajador previa advertencia y con asistencia de un representante de los trabajadores), respecto de los que son predicables, aún con más rigor, las apreciaciones hasta ahora realizadas.

Los **Convenios Colectivos** que recogen esta figura del teletrabajador contemplan la obligación del trabajador de permitir el acceso a su domicilio del empresario o a quien él designe para el mantenimiento del equipo, a los delegados de seguridad para vigilar el cumplimiento de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, y los encargados de analizar la calidad productiva, pero siempre exigiendo el “mayor respeto al domicilio del teletrabajador” y “previa comunicación a los sindicatos”.

En tales casos el control empresarial por medio de la informática exige que sea preciso que se acredite plenamente el “interés empresarial”, es decir, que se pruebe una necesidad productiva objetiva en instalar los medios de control oportunos, así como demostrar el carácter de necesario, suficiente, razonable y proporcionado, es decir que no haya otra fórmula más respetuosa para los derechos fundamentales del trabajador²³.

Es también destacable en esta materia el **Acuerdo Marco Europeo sobre el Teletrabajo** de fecha 16 de julio de 2002, que quedó incorporado al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003 pactado entre CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, publicado por Resolución DGT de 31 de enero de 2003, BOE de 24 de febrero.

En efecto en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo, el Consejo Europeo invitó a los interlocutores sociales a negociar acuerdos para modernizar la organización del trabajo, incluyendo acuerdos de trabajo flexible, con el objetivo de mejorar la productividad y la competitividad de las empresas y de conseguir el equilibrio necesario entre flexibilidad y seguridad.

Dicho Acuerdo Marco ofrece una **definición del teletrabajo**: “El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la que un trabajo, que hubiera podido ser realizado igualmente en los locales del empleador, se efectúa fuera de estos locales de manera regular”, y en lo que a nosotros nos importa ahora, contempla **dos pautas de relevancia**, de un lado la obligación del “empleador de informar al

(22) A.C. ALIAGA CASANOVA, “El Teletrabajo, la necesidad de su regulación legal y el respeto a la intimidad”, artículo publicado en el Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1902.

(23) J. J. HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Utilización y control de datos laborales automatizados”, Edición de la Agencia de Protección de datos, pág. 82.

teletrabajador, en especial de todas las restricciones sobre el uso de los equipos o útiles informáticos tales como Internet, y de las sanciones en caso de no respetarlo.

Así mismo se establece el marco del respeto a los derechos del trabajador (“El empleador respeta la vida privada del teletrabajador”), y finalmente establece que si “se coloca cualquier tipo de sistema de control, ha de ser proporcional al objetivo e introducido conforme a la Directiva 90/270/CEE sobre pantallas de visualización de datos”.

E) La prueba en estos casos

Las diversas sentencias de los TSJ, vgr., en lo relativo al **uso del ordenador** de forma desviada, o la emisión de **correos electrónicos** con exclusivos fines particulares, o la constatación de la utilización de Internet para fines ajenos a la empresa, no han puesto en duda la legalidad de ese control, y tampoco por ello que la obtención de pruebas (listados informáticos, disquetes, acceso a las carpetas de correo del trabajador afectado) configure vulneración de derecho fundamental alguno, y por ende aceptando su aportación al juicio y su valoración por el juzgador (vgr., STSJ de Valencia de 24 de septiembre de 1996 y Castilla y León de 29 de diciembre de 1997).

La LEC de 2000 contempla en su artículo 384 y bajo el rótulo “**De los instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir datos relevantes para el proceso**” la dinámica de este tipo de pruebas, que sigue esencialmente la de las pruebas de sonido y vídeo, debiendo en la práctica aportar el ordenador utilizado al acto del juicio donde pueda comprobarse el contenido del mismo a presencia de todas las partes. Como en ocasiones ello no será posible, habrá que aportar un disquete o disco CD-Rom donde se haya volcado el contenido de dichos correos o el historial de las páginas web visitadas, y sin duda será necesario apoyo testifical (lo mejor un representante de los trabajadores) para acreditar –con su presencia constante en el proceso de acceso al contenido del ordenador– la no manipulación de los contenidos, así como por ejemplo, el precinto del disco duro del ordenador y la solicitud de una pericial informática externa que justifique los contenidos observados.

5. DATOS SOBRE LA SALUD DEL TRABAJADOR

A) Los exámenes médicos

La **vigilancia de la salud del trabajador es sin duda una posible fuente de conflictos**, y acarreará serios problemas probatorios cualquier decisión que se adopte con base en datos obtenidos o almacenados relativos a esa faceta de la intimidad del empleado, pues como ha dicho la doctrina²⁴, en principio las características biológicas de la persona, sus

(24) SÁNCHEZ PEGO, “La intimidad del trabajador y las medidas de prevención de riesgos laborales”, *AL*, núm. 2, 1997, pág. 23.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

condiciones físicas y estado de salud pertenecen al estricto ámbito de su intimidad, lo cual supone el derecho de cada persona a ocultar sus defectos físicos o su situación patológica, salvo cuando deba considerarse excepcionalmente justificado el conocimiento de tales defectos, y con las limitaciones que éstos requieran. Esta postura es la que ha mantenido el Tribunal Constitucional (vgr., SS 37/1988 y 20/1992).

Y es que la Ley de **Prevención de Riesgos** Laborales establece en su artículo 22 la obligación del empresario de “garantizar a los trabajadores a su servicio la vigilancia periódica de su estado de salud” señalando a continuación que dichas medidas de vigilancia y control se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona del trabajador y a la confidencialidad de toda la información relativa a su estado de salud”.

En consecuencia, dicho control de la salud del trabajador tiene que venir **consentido por el trabajador**, salvo en aquellos casos en que por la naturaleza del trabajo en conexión con los riesgos fuera imprescindible someterse a dicho control atendida la situación de un riesgo potencial para el propio trabajador o sus compañeros, o cuando venga impuesto por disposición legal o cuando resulten imprescindibles para aminorar los riesgos del trabajo. La vigilancia de la salud tendrá que ir conectada a los **riesgos inherentes al trabajo**, cualquier control al margen de ese objetivo sería inconstitucional, y por ello inconstitucional la aportación como prueba de la información médica así obtenida y nulo el despido acordado en base a esos datos.

Además los datos médicos obtenidos deberán ser notificados al trabajador²⁵ y no deberán salir del servicio médico de la empresa, debiendo el empresario sólo conocer las conclusiones del reconocimiento en lo tocante a la aptitud del trabajador para el desempeño de su trabajo o si es necesario adoptar medidas preventivas.

**EL EMPRESARIO SÓLO
PODRÁ RECABAR,
ALMACENAR Y TRATAR
DATOS AUTOMATIZADOS
SOBRE LA SALUD DEL
TRABAJADOR CUANDO
SEAN NECESARIOS,
RAZONABLES Y
PROPORCIONADOS, Y
SIEMPRE DIRIGIDOS A LA
PROTECCIÓN DE LA SALUD
DE LOS TRABAJADORES**

(25) En el derecho comparado se consideran tales datos sobre la salud “supersensibles”, de tal suerte que en algunos ordenamientos (Francia) ni siquiera se concede al trabajador, directamente, la posibilidad de acceder a los mismos si no es a través de un médico de su confianza, por lo difícilmente inteligibles y altamente distorsionantes que los meros datos médicos pueden llegar a ser.

B) Utilización de la información obtenida

El cuidado de la empresa al acceder a los datos médicos (y no digamos **genéticos**²⁶) de los trabajadores de cuya salud está obligado a velar incide también en otro derecho fundamental, que es el derecho reconocido en el artículo 18.4 de la Constitución: “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”, que configura lo que se ha dado en llamar la **Libertad informática**.

No podemos olvidar que esta materia tiene una incidencia enorme en el **mundo laboral**: las empresas necesitan tratar informáticamente numerosos datos atinentes a la esfera personal del trabajador, pero ello le hace más vulnerable, sometido a posible utilización indebida de esos datos, y en lo que nos importa, a la adopción de medidas disciplinarias apoyadas en los datos obtenidos, informatizados y tratados informáticamente.

Por lo que a la utilización informática de datos relativos a la salud del trabajador se refiere, se ha resaltado por la doctrina cómo la obtención de datos por las empresas en la selección de personal y su informatización y automatización plantea **muchos problemas, que se pueden sintetizar así**:

- 1) Se conserva en **reserva gran cantidad de datos** relativos a las condiciones del candidato, aptitudes, test de personalidad, análisis médicos, etc.
- 2) Dichas informaciones recogidas en los cuestionarios **no suelen reflejar normativa** alguna, ni posibles derechos afectados de los candidatos.
- 3) Son conservados frecuentemente por **un tiempo muy superior** al estrictamente necesario.
- 4) Los **interesados desconocen el archivo** acontecido y su derecho de acceso a dicha información.

(26) Al respecto de la información genética, la doctrina ha resaltado cómo los avances en biotecnología ponen de manifiesto una gran potencialidad para ofrecer informaciones sobre futuros estados de salud y desarrollo de enfermedades, sensibilidad a determinados materiales o ambientes o esterilidad o fertilidad de la mujer trabajadora, lo que ofrece **posibilidades extremas de vulneración de derechos fundamentales**. Son numerosos los **instrumentos internacionales** que contemplan alguna cuestión relacionada con las pruebas genéticas (el Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la Biotecnología y la Medicina, de Oviedo, 4 de abril de 1997, la Declaración Universal sobre el Genoma humano y los Derechos Humanos de 11 de noviembre de 1997, o los “ Principios técnicos y éticos de la vigilancia de la salud de los trabajadores” adoptados en el seno de la OIT en Reunión de expertos de 1997.) Las conclusiones a extraer de las referidas normas, en conexión con la relación de trabajo y la protección de los derechos fundamentales es que cualquier decisión empresarial (ya sea para la incorporación o no de un determinado trabajador, o para la extinción de su contrato) que se base en datos de información genética ha de reputarse **atentatoria a su dignidad e intimidad y discriminatoria, con lo que el despido así articulado será inexorablemente declarado NULO**. Sólo una **excepción**, y es la recogida en la **Decisión 90/395** de la Comunidad Europea de 10 de junio de 1990, que aceptaba la posibilidad de estos análisis genéticos sólo si fueran decididos por los trabajadores y efectuados por un médico de su elección al objeto de proteger su salud en el lugar de trabajo, debiendo ser el trabajador el único destinatario de esa información.

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

5) Ese tratamiento de datos automatizado permite la **clasificación** a candidatos y operarios no sólo sobre la base de criterios puramente profesionales, sino sobre datos netamente **subjetivos**.

Para dar respuesta a todos esos interrogantes, y cumplir el mandato constitucional más arriba expresado, se aprobó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), que resultó luego sustituida por la **LO 15/1999, de 23 de diciembre**, de Protección de datos de carácter personal, que acomodaba la regulación a la Directiva 1995/46, de **24 de octubre**.

Esta norma ha venido a ampliar el ámbito de protección de los datos de carácter personal, ha modificado el principio de finalidad prohibiendo el uso de los datos para finalidades incompatibles con aquellas que fueron recogidas, se limita la relevancia del principio del consentimiento, se mejoran las garantías derivadas del tratamiento de datos por cuenta de terceros, aunque se le ha reprochado la ausencia de previsiones específicas para el ámbito laboral.

Aun así, es destacable el artículo 13 de la LOPDCD que afirma el derecho a no verse sometido a una decisión con efectos jurídicos basada únicamente en un tratamiento de datos destinado a evaluar aspectos de la personalidad.

Cuando el **TC se ha tenido que enfrentar a esta cuestión** en el ámbito de las relaciones laborales y el más específico relativo a los datos médicos almacenados y tratados informáticamente, ha tenido oportunidad de recordar que el artículo 18.4 de la CE consagra un **derecho fundamental autónomo** a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, pertenezca o no al ámbito más estricto de su intimidad para así preservar el pleno ejercicio de su derecho (STC 11/1998). Así mismo, el TC ha insistido en **que la utilización de los datos informatizados relativos a la salud de los trabajadores no pueden ser utilizados con fines distintos a la protección de dicha salud**, como ocurrió en el supuesto resuelto por la STC 202/1999, de 8 de noviembre, donde la empresa había elaborado una base de datos médicos de los trabajadores confeccionada por la empresa donde destacaba una sección titulada “absentismo por baja médica”, fichero que no fue dado de alta en la Agencia de protección de datos y que no se elaboró con el consentimiento de los trabajadores. El TC estimó el amparo y ordenó expresamente la supresión de las referencias existentes a los diagnósticos médicos que contenía dicha base de datos²⁷.

La doctrina insiste en el **criterio de proporcionalidad** tantas veces citado en este trabajo: el empresario sólo podrá recabar, almacenar y tratar datos automatizados sobre la salud del trabajador cuando sean necesarios, razonables y proporcionados, y siempre dirigidos a la protección de la salud de los trabajadores. Evidentemente **cualquier decisión disciplinaria** adoptada con base en los datos almacenados que **no respeten dichas exigencias**,

(27) Recientemente una sentencia del TJCE de 6 de noviembre de 2003 ha analizado un supuesto de protección de las personas físicas frente a la acumulación y tratamiento automatizado de datos efectuado por una catequista sobre los feligreses de su parroquia, para luego colgarla en la página web de la misma, y, en lo que a nosotros nos importa, procedió el Tribunal a declarar que el dato recogido sobre una de las personas, relativo a la lesión en un pie y a una situación de baja parcial es un “dato de salud” defendiendo que debe hacerse una interpretación amplia del concepto “datos relativos a la salud” contenido en la Directiva 95/96 CE del Parlamento Europeo.

vendrá viciada por la obtención de pruebas inconstitucionales, y su admisión en juicio configurará también una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del órgano judicial, lo que supondrá sin duda la **nulidad del despido** acontecido.

C) Utilización disciplinaria de datos obtenidos en reconocimientos médicos rutinarios

Ocurre que en ocasiones el empresario, en ejercicio de su obligación de vigilancia de la salud de los trabajadores a su servicio **descubre datos de gravedad con posible reflejo disciplinario**, como por ejemplo, la drogadicción, el consumo puntual de sustancias estupefacientes, o el alcoholismo.

El dilema entonces es determinar **si se puede utilizar dicha información y cuándo para tomar medidas disciplinarias**. La doctrina que ha abordado el tema²⁸, con gran cautela, ha señalado como criterios que: a) Dicha información derive de datos obtenidos en un control **rutinario**, no específico, y **autorizado** por el trabajador, b) que dicha circunstancia **repercuta negativamente** en el trabajo [es el criterio legal para el alcoholismo y la toxicomanía en el art. 54.2.f) ET, y debiera serlo para el consumo puntual], y c) como **excepción**, ese control podría ser específico cuando las especiales circunstancias de la actividad impongan ese control empresarial para asegurar **la vida e integridad de otros**, ya también trabajadores ya terceros (pilotos, transportistas, cirujanos, etc.)

La doctrina judicial que se ha enfrentado con esta situación ha ofrecido algunos criterios a tomar en consideración. Podemos destacar por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares núm. 16/2000, de 14 de enero, recurso de suplicación núm. 719/1999 (AS 2000\392), en la que se analizaba el caso de un Agente auxiliar de Iberia que fue despedida por no superar el período de prueba, cuando había prestado sus servicios ya antes en virtud de otros contratos temporales, y donde la auténtica razón había sido la de haber dado positivo al cannabis en un reconocimiento rutinario (análisis de orina). La juez de instancia declaró la nulidad del despido, y sin embargo la Sala rechazó dicha calificación, sustituyéndola por la de improcedente, con base en que:

“no cabe duda de que Iberia se limitó a hacer cumplimentar las normas establecidas en su manual de políticas y procedimientos obrantes en autos, en los que se establece tanto un reconocimiento médico para el personal de nuevo ingreso como reconocimientos periódicos tanto ordinarios como en casos concretos, y la actora reconoce implícitamente en la impugnación del recurso que en los años 1997 y 1998 se había sometido a reconocimientos similares, aunque niega se le hubiera pedido autorización sobre el control de estupefacientes.

En todo caso no cabe duda se sometió de nuevo a tal reconocimiento y analítica facilitando la oportuna muestra de orina sin que conste ningún tipo de oposición o reparo, al

(28) J. J. HERNÁNDEZ y S. RODRÍGUEZ, *op. cit.*

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

igual que efectuaron los demás trabajadores a que se refiere el expediente aportado a los autos, y por otra parte no cabe duda del interés y necesidad de la empresa de conocer el estado psicofísico de todos sus trabajadores, y aunque los fijos discontinuos puede estimarse sólo están sometidos a revisiones periódicas y no a las de nuevo ingreso, ello no se estima conculque el derecho a la intimidad, similar en ambos casos, siendo por ello lógico se efectuaran los análisis, incluida la investigación de drogas de abuso a que se refieren los folios 84 y ss. del manual obrante en autos, por todo lo cual estima la Sala no se conculcó el derecho a la intimidad de la actora, por lo que decae la calificación de despido nulo efectuado por la juez de instancia ya que por otra parte, ésta estima probada la confidencialidad de los datos obtenidos y el error cometido por la demanda de rescindir el contrato en un período de prueba ineficaz, no puede por sí solo configurar un despido nulo”.

Dicha sentencia está al parecer pendiente de recurso de amparo ante el TC, y habrá que estar muy atentos a esa resolución que se dicte, pues pareciera que la Sentencia del TSJ no profundiza suficientemente en la tutela del derecho fundamental.

6. LA PRUEBA SUFICIENTE DE LA CAUSA EN LOS DESPIDOS OBJETIVOS

A) Referencia genérica a los despidos económicos, criterios jurisprudenciales

Como quiera que en otros puntos del programa de la presente jornada se abordan suficientemente las cuestiones probatorias vinculadas a los despidos objetivos, haremos una somera referencia a los criterios jurisprudenciales en materia de despidos objetivos, para luego analizar algunas particularidades de la prueba en los mismos.

La inicial redacción del artículo 52.c) del ET recogía la posibilidad de extinción del contrato por causas objetivas cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 y en número inferior al establecido en el mismo, siendo tales causas, las económicas, técnicas, organizativas o de producción y entendiendo que concurren causas económicas cuando las medidas extintivas contribuyan a superar una situación económica negativa de la empresa, o si son técnicas,

**EN LOS DESPIDOS
ECONÓMICOS
EL EMPRESARIO SÓLO
ESTÁ OBLIGADO A
PROBAR QUE LA MEDIDA
ADOPTADA CONTRIBUYE A
SUPERAR LA SITUACIÓN
NEGATIVA DE LA EMPRESA**

organizativas o de producción, a garantizar la viabilidad futura de la empresa, y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

Tan indeterminada definición fue objeto de duras críticas doctrinales por la inseguridad que encerraba, siendo el primero de los problemas interpretativos el trazar una línea diferenciadora entre las causas económicas y las tecnológicas, organizativas o de producción, cuando es indudable que una medida que contribuya a superar una situación negativa de la empresa, sin duda garantiza la viabilidad futura de la misma, amén de que una causa económica y una causa productiva, son conceptos equivalentes.

En todo caso y por lo que a las causas económicas se refiere, de la redacción del precepto se obtenía que tales causas **existirán siempre que la medida adoptada contribuya a superar una situación negativa de la empresa**, lo que exigía, desde la perspectiva probatoria, de una parte que **la empresa acreditase pérdidas**, es decir, presente un balance negativo demostrativo de una crisis económica, pero también que tales pérdidas deriven de una **crisis económica “objetiva”, es decir, ajena a todo propósito intencional o incluso negligente del empresario**. Así mismo parecía indispensable —retomando criterios jurisprudenciales anteriores que sirven no obstante aún para el caso que analizamos— que la crisis económica sea **suficiente**, es decir, una situación crítica, no coyuntural sino de tendencia permanente, y **actual**, es decir, que la decisión extintiva debía responder, si es por causa económica (no tanto así en el caso de las causas organizativas y tecnológicas, que la propia ley reseña con una vocación futura en su eficacia) a una situación crítica presente, y no a previsiones futuras.

Desde luego, las pérdidas como demostrativas de una situación económica negativa de la empresa, deben responder a un desequilibrio en su estructura económica y financiera ocasionado por la propia explotación empresarial, es decir, estamos ante pérdidas del negocio y causadas en el desarrollo del mismo y evidentemente no parecía lógico, aunque sea correcto desde una perspectiva tributaria, contable y empresarial, significar como “pérdidas” de la empresa los gastos efectuados en extinciones de contrato derivadas de expediente de regulación de empleo consensuado con los trabajadores o en despidos conciliados generosamente en el SMAC.

Conforme a la redacción original del precepto, fuimos muchos los que sostuvimos que el juez en la constatación de la concurrencia de las causas económicas generadoras de una extinción del artículo 52.c) ET no debía limitarse al análisis de los vicios de nulidad o improcedencia, y respecto de ésta determinar su inexistencia cuando quedaban demostradas las pérdidas, porque bastaba la comparación de la regulación de la Directiva Comunitaria 75/129, modificada por la 92/56, con la norma española que analizamos para observar que el despido objetivo del artículo 52.c) del ET no sólo excluía las circunstancias subjetivas o inherentes al trabajador como justificativos de un despido de tal naturaleza por mucho que haya pérdidas, sino que exigía la existencia de un nexo causal entre la causa económica y la extinción con un marcado carácter finalista: debe contribuir a la superación de la situación negativa de la empresa, y por ello se consideraba

La valoración de la prueba en los despidos disciplinarios y económicos

que no se despojaba al Juzgador de la facultad de análisis sobre la lógica, razonabilidad y proporcionalidad de la medida extintiva acordada.

El TS en casación para unificación de doctrina tuvo oportunidad pronto de analizar la causa extintiva objeto de esta litis (S de 24 de abril de 1996, Ponente Excmo. Sr. Gil Suárez, recurso núm. 3543/1995) señalando que “La sentencia dictada en este proceso en la fase de instancia mantiene que la causa económica motivadora de la crisis empresarial debe revestir el carácter de **irreversible** además de objetiva real, suficiente y actual. No parece que este riguroso criterio sea compatible con los principios inspiradores de la importante reforma que en esta materia llevó a cabo la Ley 11/1994, de 19 mayo, hoy recogida en el TR del ET”(…) “para llevar a cabo la extinción de contratos de trabajo que permite este precepto legal no es necesario, de ningún modo, que la situación económica negativa de la empresa sea irreversible, antes al contrario, lo más propio y característico de estos supuestos es que el trato de situaciones no definitivas, es decir, recuperables, y que precisamente con la adopción de esas medidas extintivas se busca y pretende superar esa situación deficitaria de la entidad.

Sobre la correlación que debe existir entre la amortización del puesto de trabajo y la finalidad esencial de conseguir una mejora económica de la empresa señaló el TS que **“la Ley no exige que tenga que demostrarse de forma plena o indubitada que la extinción del nexo contractual ordenada lleve consigo necesariamente la consecuencia de superar la crisis económica de la empresa**, las exigencias de la ley son de menos intensidad y vigor. A este respecto hay que tener en cuenta que el artículo 52.c) se remite en lo que concierne a las causas de extinción al artículo 51.1, y según éste se ha de entender que concurren causas económicas “cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a superar una situación económica negativa de la empresa. La simple lectura de este precepto pone de manifiesto que la expresión contribuya” es elemento clave y decisivo para el cabal entendimiento del mismo, y es sabido que contribuir equivale a “ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin. “No es preciso por ende que el **despido objetivo adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible** para la superación de la crisis pues basta a tal fin que esa rescisión contractual contribuya a la mejora de la empresa, es decir, que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría, si bien tal contribución ha de ser directa o adecuada al objeto que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota (...) salvo situaciones especiales y de características peculiares (...) es lógico considerar que la supresión de un puesto de trabajo en una compañía que se encuentra en mala situación económica contribuye directa y adecuadamente a superar tal situación”.

La posición del Tribunal Supremo supuso la reconsideración de algunos de los razonamientos que más arriba se han expuesto y el propio legislador procedió, por Ley 63/1997, de 23 de diciembre, a modificar la redacción del artículo 52.c) ET, precisamente con la intención de otorgar una mayor amplitud y posibilidades a la decisión empresarial de despido objetivo.

Desde la perspectiva de la prueba que debe desarrollar la empresa, sería conveniente también **recordar algunos otros criterios decantados en la jurisprudencia** como que la

medida empresarial para ser válida **no tiene por qué ser una medida absolutamente necesaria**, bastando con que contribuya a superar situaciones económicas negativas (STS de 28 de enero de 1998), no siendo necesario entonces que la empresa demuestre que con el despido va a superar la crisis, porque se presume que la eliminación de puestos de trabajo contribuye a sanear la economía. Así mismo, la “amortización” del puesto de trabajo que exige el precepto legal no se veía muy clara por algunos Tribunales cuando lo que se hacía era **sustituir los empleados propios**, despedidos por causas objetivas, **por una contrata externa especializada** que era más rentable, situación que ha sido aceptada por el TS en S de 21 de marzo de 1997 y 4 de octubre de 2000 (El derecho 31862). También se ha declarado por el TS que la medida de empleo prevista en el artículo 52.1.c), sí “puede consistir en la supresión de la ‘totalidad’ de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio” [Sentencia de 14 de junio de 1996 (RJ 1996\5162), rec. 3099/1995]. El **empresario no está obligado a adoptar, ni mucho menos a probar, la existencia de otras medidas complementarias incluidas en un plan de viabilidad**, sino sólo a acreditar que la medida adoptada ayuda, razonablemente, a superar –nunca a garantizar lo que en el momento de la extinción no pasa de ser un deseo, una pura hipótesis– la situación negativa. Así lo entendió ya el TS en su Sentencia de 14 de junio de 1996 (RJ 1996\5162), rec. 3099/1995, dictada bajo la vigencia de la Ley 11/1994, y así lo ha reiterado hoy, con la nueva regulación en S de 30 de septiembre de 2002 (RJ 2002\10679).

Por lo que se refiere a la **elección del trabajador** afectado por la medida el TS ha señalado que corresponde **libremente al empresario**, salvo supuestos de fraude, abuso de derecho o discriminación. En efecto así lo afirma en Sentencia de 19 enero 1998 (RJ 1998\996) cuando expresamente señala:

“En principio, la determinación de los trabajadores afectados por el despido depende de la relación entre la causa económica y los contratos potencialmente afectados por ésta. Sólo en el caso de que los contratos posiblemente afectados sean varios y el despido deba limitarse a alguno o algunos de ellos, puede plantearse el problema del alcance de la libertad empresarial para la selección y de su control y, en este punto, la ley sólo establece la preferencia que prevé el párrafo segundo artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 68 del mismo texto legal y con el art. 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985\1980 y ApNDL 13091). Fuera de este supuesto y a reserva de las eventuales previsiones de la negociación colectiva sobre esta materia y de lo que pudiera concluirse sobre la vigencia del tratamiento preferente que establecía el art. 9 de la Ley 25/1971 (RCL 1971\1201, 1770 y NDL 12889), lo que no es relevante en este recurso, la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios [artículo 14 de la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y 17 del Estatuto de los Trabajadores].”

B) La proposición y práctica de prueba en este tipo de despidos: la redacción de la carta, documentos ilustrativos, aportación anticipada de cuentas e informes periciales

Como quiera que en los despidos la carta configura la clave de la prueba, y también en los despidos por causas económicas, es indispensable una **correcta redacción** de la misma donde se expresen las causas económicas, productivas u organizativas que justifiquen la decisión extintiva, pues si no se recogen claramente, será inevitable la invocación de indefensión y la imposibilidad por parte del juez de aceptar prueba alguna sobre hechos no claramente recogidos en la carta (art. 105 LPL).

No está de más, aunque no puede elevarse a requisito imprescindible, que junto con la carta se haga entrega de un **resumen de la documentación** pertinente. En cualquier caso, será imprescindible aportar dicha documentación **anticipadamente al acto del juicio**: de ordinario el trabajador que no haya accedido a dicha documentación justificativa de la medida precisará de su estudio para poder defenderse del despido, y muy probablemente solicitar una pericial de parte que pretenderá contrarrestar la pericial auditora y contable que proponga la empresa²⁹. Igualmente puede ser de gran interés para la agilidad probatoria en el juicio, que la empresa aporte anticipadamente el informe pericial que luego se practicará en el juicio. A este respecto establece la LEC de 2000 que la ratificación en juicio del informe pericial sólo se producirá si alguna de las partes lo solicitase. No parece que esta previsión pueda ser de aplicación al orden social, donde deberá necesariamente comparecer el perito al acto del juicio a ratificar el informe, a presencia judicial, y someterse a las preguntas y aclaraciones necesarias.

C) La valoración de esas pruebas

Normalmente, la declaración de procedencia de los despidos del artículo 52.c) estará sujeta a la acreditación de los datos económicos, productivos y organizativos, para lo cual será

LA CARTA DE DESPIDO CONFIGURA LA CLAVE DE LA PRUEBA SIENDO INDISPENSABLE UNA CORRECTA REDACCIÓN DE LA MISMA DONDE SE EXPRESEN LAS CAUSAS ECONÓMICAS, PRODUCTIVAS U ORGANIZATIVAS QUE JUSTIFIQUEN LA DECISIÓN EXTINTIVA

(29) Es muy frecuente que las empresas no pongan objeción a la aportación de los libros contables al Juzgado, aunque el Código de Comercio contempla la cautela de que dichos libros no deben salir de su poder, siendo la parte interesada, asistida de perito y con la fe del secretario judicial la que debe desplazarse a la empresa a su comprobación. No se olvide que la LEC de 2000 contempla en su art. 327 la norma de aplicación bajo el rótulo "libros de los comerciantes", señalando que "Cuando hayan que utilizarse como prueba los libros de los comerciantes, se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles. De manera motivada y con carácter excepcional, el Tribunal podrá reclamar que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados".

imprescindible acudir a las pruebas testificales, documentales y periciales. Respecto de estas últimas, la objetividad del perito se impondrá cuando se trate de una auditora **externa**, sin que podamos olvidar que en la valoración de las pruebas periciales la LEC 2000 señala que el “tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica” (art. 348) lo que supone un inevitable margen de discrecionalidad en la consideración de cuál de los dictámenes es susceptible de ser tomado en consideración en orden a la conclusión de considerar probados o no los hechos afectados por él.

Por último, haremos referencia a una sentencia de interés en esta materia. Es el caso resuelto por la Sentencia del **Tribunal Constitucional 41/2002, de 25 de febrero**, que resuelve el recurso de amparo planteado por una trabajadora que fundaba su reclamación en el carácter discriminatorio por razón de sexo del despido objetivo del que había sido objeto cuando se encontraba embarazada. Dicha cuestión quedó resuelta luego por la Ley 39/1999, pero resulta de interés en orden a determinar los criterios probatorios en materia de carga de la prueba en los despidos objetivos que han sido tachados de discriminatorios.

Siguiendo literalmente en este punto los comentarios de la doctrina al respecto³⁰ los “puntos más relevantes de la doctrina sentada en esta materia pueden sintetizarse del siguiente modo: a) aplica restrictivamente la concurrencia de indicios para hacer operar la distribución de la carga de la prueba, limitando cronológicamente su alcance a los concurrentes en el momento del despido objeto del recurso de amparo; b) el supuesto contrasta claramente con la situación generada tras la promulgación de la Ley 39/1999, porque a partir de este momento el despido ocurrido durante la situación de maternidad no requiere prueba indiciaria alguna por implicar la calificación automática de nulidad del despido; c) antes de la Ley 39/1999 resultaba admisible la calificación de improcedencia cuando, aun sin concurrir causa discriminatoria, el empresario no conseguía probar la concurrencia de causa justificativa para el despido. En la actualidad dicha posibilidad se mantiene tan sólo para los supuestos de despido nulo por discriminatorio no desencadenantes de la nulidad automática que prevé la Ley 39/1999. A partir de entonces, el despido durante la situación de embarazo, sea o no conocida esta condición por el empresario, genera la calificación de nulidad o procedencia: aquélla cuando el empresario no consigue probar la concurrencia de causa justificativa del despido; ésta cuando sí lo hace; d) Así las cosas, la sentencia objeto del presente comentario plantea previsiblemente el último supuesto en el que se sustancia una demanda por despido discriminatorio, discutiéndose como motivo de fondo la concurrencia o no de causa discriminatoria. Y ello porque, a partir de la Ley 39/1999, el objeto de los procedimientos judiciales por despido de embarazadas no será la concurrencia o no de causa discriminatoria, sino meramente la concurrencia o no de la causa extintiva alegada. La calificación directa y expresa de la nulidad en tales casos y la imposible declaración de improcedencia así lo anticipan”.

(30) M. A. BALLESTER PASTOR, en el artículo titulado “El alcance de la distribución de la carga probatoria en despido objetivo supuestamente discriminatorio, STC 41/2002, de 25 de febrero”, en *AL*, número 39, semana 21 al 27 de octubre de 2002.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Prevalencia de normas. 2. Aplicación de la ley nacional.

3. Ley y Convenio colectivo. A) Ilegalidad del Convenio colectivo. B) Infracción de normas legales administrativas. Competencia del orden contencioso-administrativo.

C) Prevalencia de la Ley en cuanto norma de Derecho necesario. **4. Legislación estatal y Comunidades Autónomas.** A) Distribución competencial. B) Traspaso de competencias.

Responsabilidad del pago de deudas anteriores a las transferencias. **5. Convenio colectivo.** A) Convenio colectivo aplicable. Subrogación empresarial. B) Convenios

extraestatutarios. C) Interpretación del Convenio colectivo. **6. Acuerdos empresariales.**

A) Criterios de interpretación. B) Nulidad de acuerdo por fraude de ley.

7. Consideración de normas jurídicas. A) Reglamento del Comité Intercentros.

B) Circulares administrativas. **8. Autonomía de la voluntad y contrato de trabajo.**

A) Eficacia de cláusulas contractuales. Exclusión del Convenio colectivo. B) Validez del contrato de trabajo. C) Finiquito. Criterios de interpretación. D) Condición más beneficiosa. Llamamiento de trabajadores fijos discontinuos. E) Inexistencia de fraude de ley.

Baja voluntaria. F) Mejoras voluntarias de la Seguridad Social por concesión empresarial. Fuentes reguladoras. **9. Valor de la doctrina jurisprudencial. Criterios de equidad.**

10. Aplicación retroactiva de las normas.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1548 a J 2186).

1. PREVALENCIA DE NORMAS

El Tribunal Supremo en recurso de casación para unificación de doctrina resuelve en la STS de 11 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2056, sobre el carácter y la consi-

deración que adquiere la vinculación de un trabajador sujeto pasivo de una cesión ilegal cuando ésta se produce en el ámbito de la Administración Pública. El Tribunal Supremo entiende, siguiendo doctrina consolidada, entre otras, en Sentencias de 19 de junio, 17 de septiembre y 19 de noviembre de 2002, que las consecuencias que genera la existencia de una cesión ilegal prevista en el art. 43.3 del ET sobre el trabajador sujeto pasivo de dicha cesión no suponen la consideración del trabajador como fijo de plantilla sino la de trabajador por tiempo indefinido. Añade la resolución que cuando el ingreso en la Administración Pública se produce por una vía distinta de las previstas en la Ley 30/1984, de Reforma de la Función Pública, y sin cumplir las exigencias constitucionales de que el acceso a las funciones y cargos públicos se lleve a cabo respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad (arts. 14, 23.3 y 103.3 de la Constitución) la respuesta jurídica se obtiene de la prevalencia de las normas constitucionales y administrativas sobre las laborales o, lo que es más exacto, la adecuación interpretativa de lo previsto en aquéllas a las exigencias establecidas en estas últimas.

En sentido similar se pronuncia la STS de 11 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2063.

2. APLICACIÓN DE LA LEY NACIONAL

La STSJ de Madrid de 18 de junio de 2003, I.L. J 1681, confirmando la sentencia de instancia, entiende procedente la aplicación de la Ley española para el cálculo de la indemnización por despido de un trabajador español cuyo contrato se vio extinguido por causa disciplinaria por el Ministerio de Asuntos Exteriores, siendo su centro de trabajo el Consulado de Larache, Marruecos. En el contrato se había estipulado que ambas partes se sometían en su relación laboral a la legislación marroquí. Formulada demanda ante el Juzgado de lo Social español, éste dicta sentencia conforme a la legislación marroquí, declarando la improcedencia del despido y aplicó, a falta de parámetros concretos sobre la determinación de la indemnización, los módulos que establece el art. 56 del ET.

Argumenta la sentencia de suplicación, para confirmar la de instancia, que “resulta de perfecta aplicación los parámetros económicos establecidos en el art. 56 del ET para fijar el importe de la indemnización de los perjuicios ocasionados por la pérdida injustificada del empleo. Esta elección no es arbitraria ni caprichosa, gozando la juzgadora de libertad, siendo correcta su decisión de acudir a la aplicación de criterios que a ninguno de los intervinientes, partes contendientes y Juez, son ajenos, al ostentar todos ellos la nacionalidad española”. Añade la sentencia que la solución más acertada es la acogida por la resolución de instancia, al aplicar a un español que trabaja para un organismo español la indemnización prevista en la legislación española para tal supuesto y ello no por aplicación de la ley española sino por aplicación directa del art. 6 del Dahir (norma marroquí) que otorga libertad al Tribunal para establecer la indemnización correspondiente atendidas las circunstancias del caso.

3. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

A) Ilegalidad del Convenio colectivo

La STS de 8 de octubre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1711, declara en recurso de casación ordinario la nulidad del art. 24.1, párrafo 1º, del Convenio Colectivo del Personal Laboral del Sector Sanitario de Galicia gestionado por Fundaciones Públicas Sanitarias o Empresas Públicas en cuanto excluye, como horas extraordinarias, las horas de guardia de trabajo efectivo o de presencia que excedan de la jornada máxima legal de 40 horas semanales.

Como señala la sentencia, el precitado art. 24 del Convenio es ilegal en la medida en que permite que las horas trabajadas por encima de la jornada máxima legal no se consideren horas extraordinarias cuando el trabajo se realiza como consecuencia de guardias. 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. Pero esta exclusión no puede realizarse respecto al trabajo efectivo o al tiempo de presencia en el tiempo de trabajo, pues la jornada comienza a computarse desde el momento en que el trabajador se encuentre en su puesto. Añade la sentencia que en el caso de autos no se está en presencia de una relación estatutaria ni de un régimen especial de jornada establecido en virtud de la autorización del art. 34.7 del ET, sino en un régimen laboral común. En consecuencia, el Convenio vulnera lo dispuesto en los arts. 34 y 35 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 2 de la Directiva CEE 93/104, el art. 1.1 de la Directiva CEE 89/391 y las Sentencias de la misma Sala de 31 de octubre de 2001 y 1 de abril de 2002. Se vulnera el art. 34 del ET porque de acuerdo con el mismo, superada la jornada ordinaria pactada, las horas de trabajo que excedan de la misma deben considerarse horas extraordinarias. Asimismo, el convenio contraría lo dispuesto en el art. 35.1 del mismo texto legal porque, de acuerdo con el mismo, son horas extraordinarias las que exceden de la duración máxima de la jornada fijada de acuerdo con el artículo anterior y deben abonarse conforme a lo que establezca el Convenio.

Sobre la nulidad de un convenio colectivo se pronuncia la SAN de 23 de mayo de 2003, I.L. J 1734. La pretensión que se resuelve en autos se concreta en la declaración de la nulidad global e íntegra de un convenio colectivo de empresa que fue negociado entre la representación de la misma y una organización sindical que representa a la mayoría de Comités de Empresa y Delegados de Personal de la empresa. Dicha declaración de nulidad atiende a que la negociación del convenio se ha producido al margen de los órganos de representación unitaria o sindical que, de acuerdo con las previsiones contenidas en el art. 87 del ET, son los sujetos legitimados para la negociación de los convenios de empresa. La Audiencia Nacional acoge esta tesis y estima la demanda en base a que los sindicatos carecen de legitimación para negociar convenios colectivos de empresa o ámbito inferior. La sentencia, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia de 20 de agosto de 1993, señala que no puede el sindicato recurrente arrogarse una representación que legalmente no le corresponde, sino a las representaciones colectivas o, en su caso, a las representaciones sindicales en la empresa. Así, el art. 87.1 del ET cuando alude a las representaciones sindicales, se está refiriendo a las Secciones Sindicales pero

no a los sindicatos propiamente dichos, a pesar de que el art. 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce a las organizaciones sindicales el derecho al ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella y que comprenderá el derecho a la negociación colectiva, pero sin que eso suponga que deba ser el propio sindicato quien negocie un convenio colectivo sino que podrán hacerlo otras estructuras o instancias sindicales, tales como las Secciones Sindicales o los Delegados Sindicales que las representan. En consecuencia, la Sala de la Audiencia Nacional declara la nulidad del convenio por vulnerar lo dispuesto en el art. 87.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En la línea anterior, la impugnación por ilegalidad de un convenio colectivo, en este caso un pacto colectivo que puso fin a un anterior conflicto colectivo planteado por la empresa y que fue suscrito por todas las partes negociadoras en acto de conciliación, se trata en la **STS de 25 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 1741. El origen remoto de la controversia se encuentra en el plan de viabilidad que empresa y representantes de los trabajadores suscribieron y que incluía un amplio conjunto de medidas, tales como expediente de regulación de empleo, programas unitarios de prejubilaciones, bajas incentivadas, recolocaciones o excedencias. Impugnado por uno de los sindicatos afectados el convenio por ilegalidad, la Sala de la Audiencia Nacional desestimó la demanda y absolvió a los demandados, interponiendo la referida organización sindical recurso de casación ordinaria. Entre otros fundamentos, el Tribunal Supremo para confirmar la sentencia de instancia señala que la impugnación por ilegalidad de un convenio colectivo debe resolverse de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y a la luz de lo dispuesto en los arts. 37.1 de la Constitución y 83.3 del Estatuto de los Trabajadores que consagra la fuerza vinculante de los convenios y en los arts. 9.3 de la CE y 85.1 en relación con el 3.3, ambos del ET, que garantizan el principio de jerarquía normativa e imponen la sujeción de la norma negociada al imperio de la ley. La propia Sala del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias ha señalado que la ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla. Del carácter normativo del convenio colectivo deriva su sometimiento a las normas de rango superior, dentro del cuadro de las fuentes del Derecho, siendo así que la norma paccionada ha de sujetarse al Derecho necesario establecido por la ley. En fin, señala la sentencia que de acuerdo con la doctrina expuesta la ilegalidad propugnada sólo podrá declararse si el pacto impugnado infringe normas de Derecho necesario, pues en caso contrario, habría de prevalecer el resultado de la autonomía colectiva. En consecuencia obligada de lo expuesto, el TS rechaza las revisiones instadas así como las censuras jurídicas que no se refieran a normas de carácter imperativo.

Asimismo, en el ámbito de la impugnación por ilegalidad de convenios colectivos se plantea en la **STS de 28 de octubre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 1776, la exclusión de los profesores de religión del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid, exclusión llevada a cabo por su art. 2.3. Se resuelve la impugnación del precitado artículo convencional por parte del INEM en el sentido de considerar procedente la exclusión de dichos trabajadores. Como señala la

I. Fuentes del Derecho

sentencia en sus fundamentos jurídicos, la cuestión que se suscita en este recurso es la de la libertad de las partes que suscriben convenio colectivo para poder delimitar su ámbito funcional y excluir del mismo a determinados grupos o colectivos de trabajadores. Ha de indicarse al respecto que en esta materia, el art. 83.1 del ET establece que “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”. Este precepto legal no atribuye a las partes negociadoras una libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación, antes al contrario, la negociación colectiva de eficacia general está sujeta a muy diversos límites, ya que afecta a todos los incluidos en su campo de aplicación. Ahora bien, esos límites, que alcanzan también a la determinación del ámbito de aplicación del convenio, han de ser resueltos por las partes negociadoras respetando, en todo caso, los imperativos legales. En definitiva, la exclusión que puedan hacer las partes de determinados trabajadores del ámbito de aplicación del convenio no puede afectar a aquellos trabajadores que por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato carecen de poder negociador por sí solos, viéndose así apartados contra su voluntad del convenio correspondiente e introduciéndose así en terrenos que puedan afectar el principio de igualdad y no discriminación. Ahora bien, este principio de igualdad no obliga a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de la empresa o de un ámbito funcional determinado y tampoco impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo. Así, en el caso de autos, cabe admitir que en los profesores de religión concurren unas singulares características que determinan la existencia de una diferencia objetiva y razonable que justifica el que puedan ser excluidos del convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid.

B) Infracción de normas legales administrativas. Competencia del orden contencioso-administrativo

La STSJ de Cantabria de 24 de junio de 2003, I.L. J 1922, confirmando la sentencia de instancia declara la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la impugnación de convenios colectivos cuando dicha impugnación no se basa en normas laborales sino de carácter administrativo. En el caso de autos se había instado la ilegalidad de diversos preceptos del convenio colectivo del personal laboral de un Ayuntamiento en base a que eran contrarios a las normas presupuestarias que regían el sistema retributivo de dicho personal. La sala remite al orden jurisdiccional contencioso-administrativo la impugnación de acuerdos colectivos reguladores de condiciones de trabajo del personal cuando lo afectado son disposiciones de carácter presupuestario pues la competencia del orden social ha de venir motivada por la transgresión de una norma de la rama social del derecho y no una de carácter administrativo.

C) Prevalencia de la Ley en cuanto norma de Derecho necesario

La STS de 26 de junio de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1663, resuelve en recurso de casación ordinario planteado por la empresa Iberia contra la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la nulidad de la expresión “será obligatorio” que contiene el art. 91 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de Tierra de Iberia, en cuanto que dicho precepto conven-

cional impone la asistencia a cursos de formación relacionados con las funciones que se desempeñen, debiendo realizarse fuera de la jornada de trabajo. La sentencia, en sus fundamentos jurídicos desestima, entre otros motivos de impugnación, el formulado por la empresa en contra de la declaración de la referida ilegalidad, entendiendo que tal impugnación ha de resolverse de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre colisión de convenios colectivos y ley a la luz de lo dispuesto en los arts. 37.1 de la CE y 82.3 del ET que consagran la fuerza vinculante de los convenios y los arts. 9.3 CE y 3.3 y 85.1 ET que garantizan el principio de jerarquía normativa. Recuerda la Sala la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que “la ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario por aquélla”.

Es evidente que la legalidad propugnada sólo podrá declararse si la imposición de asistencia obligatoria que establece el art. 91 del convenio para los cursos que se realicen fuera de la jornada de trabajo, infringe normas de derecho necesario, pues en caso contrario, habría de prevalecer el resultado de la autonomía colectiva, tal como argumenta la recurrente. El precepto nuclear y determinante para resolver es el art. 34.1 del ET, que el recurso invoca también como infringido. Este precepto establece una clara línea divisoria entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. El segundo, sólo pertenece al trabajador, quedando a su exclusiva disposición su disfrute, sin que quepa intromisión alguna por parte del empresario. Por lo tanto, no cabe duda que un convenio colectivo puede imponer a los trabajadores la asistencia obligatoria a los cursos de formación profesional, pero siempre y cuando éstos se impartan durante su tiempo de jornada laboral. La imposición al trabajador de realizar los cursos fuera de su jornada supone transgredir frontalmente el art. 34.1 del ET, norma de Derecho necesario que el propio Estatuto sólo autoriza excepcionalmente a rebasar en el caso del art. 35 del ET (horas extraordinarias). En consecuencia, el TS declara plenamente ajustada a Derecho la decisión de la Audiencia Nacional de anular el precepto en cuestión.

4. LEGISLACIÓN ESTATAL Y COMUNIDADES AUTONOMAS

A) Distribución competencial

Se plantea en la STS de 29 de abril de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1869, a través de recurso de casación ordinaria, una cuestión procesal sobre si la Administración General del Estado tiene competencia para plantear de oficio la acción de impugnación de convenio colectivo prevista en el art. 161.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando, como sucede en el caso resuelto, las atribuciones relativas a la tramitación de los convenios colectivos han sido transferidas a la Comunidad Autónoma.

La Sala de lo Social del País Vasco dictó sentencia en primera instancia respondiendo negativamente a la competencia de la Administración Estatal. La abogacía del Estado recurrente articula la censura de la sentencia en base a que los Delegados del gobierno en las

I. Fuentes del Derecho

Comunidades Autónomas están habilitados en general para reaccionar frente a posibles irregularidades de los convenios colectivos.

El Tribunal Supremo resuelve con signo desestimatorio el recurso y siguiendo la doctrina instaurada por la Sentencia de la misma Sala de 9 de abril de 2003, entiende que la Administración del Estado carece de competencia para la impugnación de convenios colectivos en estos supuestos. La sentencia en sus fundamentos jurídicos reafirma que las competencias transferidas por el Estado y la Comunidad Autónoma (en este caso el País Vasco) se extienden a las relativas a la ejecución de la legislación laboral. Así, las atribuciones relativas al registro, depósito, publicación y control de legalidad del convenio corresponden a la “autoridad laboral”, que, dado que el convenio colectivo impugnado no rebasa en su ámbito territorial el de la Comunidad Autónoma, es el organismo competente de la Administración de la Comunidad Autónoma y no de la Administración del Estado.

B) Traspaso de competencias. Responsabilidad del pago de deudas anteriores a las transferencias

La 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 resuelta por la **STS de 6 de octubre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2078.

El Tribunal Supremo 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 por la Disposición Adicional Primera de la Ley del Proceso Autonómico, 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 14, 15, y 20 de octubre, 5, 14, 18, 19, 28 y 29 de noviembre, y 5, 9, 11, y 17 de diciembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2080, 2083, 1974, 2084, 2131, 2070, 1804, 2122, 1989, 2065, 2009, 2011, 2012, 2064, 2016, 2133, 2109, 2121, 2165, 2166, 2169, 2151, 2170, 2158 y 2159. Previamente a las citadas sentencias unificadoras algunos Tribunales Superiores de Justicia habían mantenido el criterio adoptado finalmente por el TS, de ello son buena muestra las **SSTSJ de Baleares de 12 de mayo y 3 de junio de 2003**, I.L. J 1893 y 1904.

Sin embargo, en un supuesto de una reclamación salarial de una trabajadora de centros concertados cuya competencia sobre ellos fue traspasada del Estado a la Comunidad Autónoma, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2003**, I.L. J 2026, imputa

la responsabilidad del pago a la Administración autonómica. La sentencia considera que no es de aplicación a este supuesto la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 12/1983, del Proceso Autonómico, disposición que imputa a la Administración Estatal la responsabilidad del pago de los atrasos a que tuviera derecho el personal por razón de su situación con anterioridad al traslado. No estamos en presencia, añade la resolución, de un cambio en la posición empresarial en el marco de la relación de servicios entre la Administración y su personal, que es el supuesto contemplado en la citada disposición, sino ante una transferencia de las funciones y obligaciones de financiación respecto a los centros educativos concertados y en esta materia rige la regla general sobre atribución de los derechos y obligaciones derivados del traspaso, no limitándose a las vencidas con posterioridad a aquél, sino también a los que lo hubieran sido con anterioridad y no se hubiesen satisfecho. En consecuencia, el responsable del pago es la Comunidad Autónoma de forma conjunta y solidaria con el centro educativo codemandado, de conformidad al correspondiente Decreto sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma.

5. CONVENIO COLECTIVO

A) Convenio colectivo aplicable. Subrogación empresarial

El problema planteado en la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2003, I.L. J 1624, se centra en determinar si el convenio que ha de aplicarse en el supuesto de una subrogación empresarial del art. 44 del ET es el de la empresa anterior o el de la nueva empresa adquirente. Dicho de otro modo, si el trabajador, como dice la sentencia, lleva el convenio colectivo vigente durante el momento de la subrogación empresarial y los siguientes de la misma empresa a lo largo de su vida laboral con la empresa subrogada hasta que se extingan los contratos de trabajo. En el caso de autos, el actor solicitó el derecho a ver reguladas sus condiciones de trabajo conforme a lo establecido en el Convenio colectivo Provincial de Transportes Colectivos de Valencia, siendo así que la nueva empresa se sometía al convenio propio de las empresas con sede en Madrid.

La Sala desestima la pretensión actora y entiende que la subrogación empresarial tan sólo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de dicha integración, es decir, lo que en ese momento el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras. Por lo tanto, la subrogación no se extiende a aquellas condiciones que válidamente dejen de corresponder a los trabajadores integrados a la nueva empresa a partir del mismo momento en que tenga lugar la sucesión. Asimismo, la sentencia rechaza la doctrina de la condición más beneficiosa, pues ésta tiene como presupuesto la existencia de un acto de voluntad que permite la incorporación de una determinada ventaja o beneficio al nexo contractual. En este sentido, la mera tolerancia o condescendencia no es suficiente, siendo preciso que exista una actuación persistente que descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que

I. Fuentes del Derecho

incremente lo regulado legal o convencionalmente. En todo caso, añade la resolución, el texto estatutario en su art. 41 otorga al empresario un poder unilateral de modificación de las condiciones de trabajo de naturaleza contractual, otorgamiento que supone una auténtica quiebra en el tradicional entendimiento del referido principio de condición más beneficiosa, por cuanto el empresario está habilitado para poder modificar unilateralmente tales condiciones, lo que ha ocurrido en el presente supuesto.

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 18 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2059, la posibilidad de que un convenio extraestatutario pueda modificar la duración máxima de los contratos eventuales que según el art. 15.1.b) del ET será de seis meses dentro de un período de doce, salvo que por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o inferior pueda modificarse y sin que en ningún caso pueda superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido.

Para solventar la cuestión anterior el Tribunal Supremo señala, en la fundamentación jurídica de la sentencia, que única y exclusivamente la eficacia general viene establecida para los convenios colectivos estatutarios, según disponen los arts. 37.1 de la CE y 82.3 del ET. No tienen, por lo tanto, los pactos extraestatutarios fuerza normativa con carácter de generalidad sino simplemente obligacional entre quienes los conciertan y sus representados. La consecuencia que se deduce es que en el orden jerárquico de fuentes de la relación laboral que contiene el art. 3 del ET el puesto que corresponde a los convenios colectivos extraestatutarios es el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general. Partiendo de las anteriores consideraciones, la sentencia establece que la remisión efectuada por el art. 15.1.b) del ET a los convenios colectivos para que amplíen la duración máxima de los contratos eventuales lo es exclusivamente a los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general.

En este mismo sentido se pronuncia la **STS de 20 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2015.

También sobre la eficacia de los convenios extraestatutarios se pronuncia la **STS de 11 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2067. Es objeto de la pretensión la declaración del derecho de Comisiones Obreras a participar en unos acuerdos sobre condiciones de trabajo y retribuciones del personal que se han venido negociando sin sometimiento a los requisitos establecidos en el Título III del ET. La sentencia recurrida desestima la pretensión actora basándose, por un lado, en el carácter extraestatutario del acuerdo lo que supone la aplicación de las normas generales sobre contratación del Código Civil y,

en segundo lugar, por la falta de legitimación del sindicato actor, dado que en el ámbito personal del convenio no alcanza el mínimo del 10 por ciento. La sentencia desestima el recurso formulado por Comisiones Obreras en base a diversas razones que se contienen en los fundamentos de derecho de la misma. Entre ellos destaca que un pacto de eficacia limitada no puede contradecir ni prevalecer sobre los derechos fundamentales ni las disposiciones de un convenio colectivo estatutario y ello por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual, de modo que carecen de virtualidad aquellas cláusulas que impliquen, en perjuicio de los trabajadores, posiciones menos favorables que las establecidas en disposiciones de rango superior, legales, reglamentarias o convencionales. Pero en el caso presente, el pacto extraestatutario respeta el contenido general de las condiciones de trabajo establecido en los convenios colectivos estatutarios y su objeto es negociar y pactar ciertas mejoras salariales, por encima del convenio colectivo, a cuyo efecto la voluntad colectiva ha instrumentado una representatividad no referida a la generalidad de la plantilla, sino a la rama de la misma destinataria del pacto, sin que se haya acreditado que la representatividad así establecida incurra en discriminación y no se produce lesión de la libertad sindical, porque el acuerdo colectivo tendrá eficacia limitada y no impediría en su momento abrir la negociación colectiva sobre los puntos litigiosos.

C) Interpretación del Convenio colectivo

Los criterios de interpretación de los contratos plasmados en el Código Civil son de plena aplicación a los convenios colectivos. En este sentido, la **STS de 27 de octubre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 1778, analiza un supuesto en el que la trabajadora demandante solicitó la aplicación del Convenio Único para el personal laboral de la Administración del Estado, pretensión desestimada por la sentencia de instancia que fue revocada en suplicación. Frente a esta última resolución interpone el Ministerio de Asuntos Exteriores recurso de casación para la unificación de doctrina, ofreciendo como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 2 de noviembre de 2000.

Concurre entre ambas sentencias la necesaria identidad en cuanto a los hechos y las pretensiones si bien con resultado divergente de sus pronunciamientos. En ambos casos se trata de personas que prestan servicios para el Ministerio de Asuntos Exteriores en el Consulado de Marsella, en la sentencia recurrida y de Toulouse en la de contraste. Sus contratos, en los que se hizo constar su condición de personal laboral sin Convenio, fueron autorizados por el Subdirector General de Personal y por el Subsecretario del Ministerio de Asuntos Exteriores, respectivamente. La sentencia de contraste desestimó la suplicación interpuesta por la trabajadora, razonando el pronunciamiento en base a la viabilidad de la cláusula de exclusión del convenio colectivo para la Administración Civil y a que la situación de la actora no era inferior a la definida en dicho Convenio.

I. Fuentes del Derecho

La Sala del Tribunal Supremo ya dictó Sentencia el 14 de mayo de 2003 en la que abordó esta misma cuestión y la sentencia comentada se atiene a dicha doctrina al entender que la norma contenida en el art. 1.4 del Convenio Único debe ser interpretada en el sentido de que excluye del ámbito de aplicación al personal contratado para trabajar en el exterior. Entre las diversas razones que llevan a esta conclusión, señala el Tribunal Supremo que es necesario ponderar “que por prevenirlo el Código Civil (art. 1272), a propósito de la interpretación de los contratos, y porque en definitiva lo impondría la naturaleza de las cosas, el conocimiento de la intención de las partes contrayentes se consigue a través de los actos coetáneos y posteriores habiendo quedado probado en autos que ya en 1998 se suscribió un Acuerdo entre la Administración y los Sindicatos más representativos para la negociación de las condiciones laborales del personal de servicio exterior lo que muestra que esas mismas partes lo que realmente retenían como dato diferenciador era, no el lugar de celebración del contrato sino el lugar de la prestación de los servicios”.

Sobre la aplicación o no del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado, la **STS de 18 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2096, confirma un pronunciamiento contrario a la doctrina antes expuesta si bien no por razones de fondo, sino por estimar la inexistencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste. En un caso se trataba la interpretación de la cláusula contractual de exclusión y en el otro se denunciaba el artículo del convenio colectivo que determinaba la exclusión del ámbito del convenio.

También sobre la aplicación de las normas del Código Civil reguladoras de los contratos a los pactos y acuerdos suscritos en el ámbito laboral se pronuncia la **STS de 7 de octubre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 1799. En recurso de casación ordinario el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en proceso especial de conflicto colectivo. Esta última resolución estimó el recurso planteado por la Dirección General de Trabajo a instancia de UGT en la que se solicitó se declarase nula la decisión empresarial por la que se establece un tope al número de personas que puedan superar las puntuaciones otorgadas en un proceso de evaluación de desempeño. Previamente la empresa demandada y los sindicatos con implantación en ella llegaron a un acuerdo acerca del procedimiento a seguir para fijar los criterios de dicho proceso de evaluación sin que en ningún apartado del acuerdo aludido se establezca ningún tipo de limitación en cuanto al número de personas que puedan alcanzar determinadas puntuaciones como consecuencia de la aplicación de los criterios valorativos que el repetido acuerdo establece.

Es claro, señala la sentencia, que “quien vulneró el art. 1256 del Código Civil (‘la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes’) fue únicamente la empresa demandada al dictar unilateralmente la circular que contiene normas no pactadas en el meritado Acuerdo”. La Sala sentenciadora de manera correcta y certera aplica lo dispuesto en el art. 1281 del Código Civil, al interpretar el pacto conforme a la literalidad de su clausulado, al no existir indicios acerca de que la voluntad de los otorgantes fuera distinta de la reflejada en el documento.

Asimismo, la doctrina de suplicación lleva a cabo la interpretación de los convenios colectivos en función de los criterios establecidos en el Código Civil. La **STSJ de Baleares**

de 5 de mayo de 2003, I.L. J 1894, resuelve un pleito en el que se discute si el actor, que a los 62 años de edad fue declarado en situación de incapacidad permanente en el grado de gran invalidez derivada de accidente no laboral, tiene derecho a percibir la cantidad que el convenio colectivo de empresa previene bajo el epígrafe de jubilación anticipada, a favor de los trabajadores con antigüedad mínima de cinco años y “cuya jubilación sea forzosa por enfermedad o accidente antes de cumplir 65 años”.

La sentencia de instancia, que estimó la pretensión actora de percibir la cantidad convencionalmente establecida, es confirmada por la del TSJ. Se acude para ello al elemento intencional que es la herramienta capital en toda tarea interpretadora de declaraciones de voluntad incluidas las que tienen valor normativo. No parece cuestionable, añade la sentencia a la vista del precepto de aplicación, que las partes negociadoras tuvieran el propósito de conceder el beneficio pecuniario a los trabajadores mayores de 60 años que se vean obligados a dejar de trabajar por causa de enfermedad o accidente, aunque usasen impropriamente la voz de jubilación forzosa en vez de la de invalidez permanente. Otra interpretación vulneraría la regla de interpretación objetiva del art. 1284 del Código Civil, según la cual las cláusulas que admitan diversos sentidos deben entenderse en el más adecuado para que produzcan efectos.

Sobre la interpretación del convenio colectivo la **STS de 28 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2115, aborda la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato Comisiones Obreras en relación a si las horas que deben realizar los trabajadores del ente público Aeropuertos Españoles para suplir el trabajo de sus compañeros que asistan a los cursos de formación, han de ser retribuidas como horas extras o según el criterio de abono, en cuantía inferior, que establecía una Circular empresarial. La sentencia de la Audiencia Nacional que puso fin al conflicto colectivo estimó la pretensión actora del abono como horas extras, argumentando que dicha Circular empresarial es nula al modificar unilateralmente el empleador el pacto colectivo, máxime cuando hasta enero de 2002 las horas debatidas se abonaban como horas extraordinarias.

La resolución del Tribunal Supremo, dictada en recurso de casación ordinaria, de nuevo incide en que las normas generales de interpretación de los contratos son plenamente aplicables al convenio colectivo y acude, con cita expresa, a los criterios establecidos en el art. 1281 del Código Civil. Añade la sentencia que “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la interpretación de los contratantes se estará al sentido de sus cláusulas. De ahí que estos criterios de interpretación contenidos en el precitado artículo del CC tienen carácter sustancial, hasta el punto que la expresión literal acorde con la intención y su acreditamiento por los actos a que se refiere el art. 1282 del meritado texto legal excluyen la aplicación de las demás normas interpretativas, que tienen carácter subsidiario”.

En consecuencia, la sentencia de instancia, señalan los fundamentos jurídicos de la resolución del Tribunal Supremo, en forma clara y sencilla ha utilizado los criterios hermenéuticos de literalidad de la cláusula a interpretar y de intencionalidad de las partes. De

I. Fuentes del Derecho

lo anterior se deduce que los actos reiterados y constantes del empleador, que venía abonando a sus trabajadores hasta enero de 2002 como horas extraordinarias el tiempo que dedicaba a la cobertura de ausencias por actividades formativas, es conforme a la doctrina de los actos propios, que el empleador no puede, lícitamente, ignorar. En consecuencia, la Circular de la Dirección empresarial es nula por contravenir y modificar unilateralmente una condición laboral de carácter colectivo, lo que impone el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia de la Audiencia Nacional.

6. ACUERDOS EMPRESARIALES

A) Criterios de interpretación

La STS de 13 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1997, analiza de nuevo los criterios de interpretación de los contratos aplicándolos, en este caso, a los de un acuerdo entre empresa y sindicatos (UGT, CCOO y El Corte Inglés) sobre el que surgía una discrepancia respecto a determinadas cantidades que, en concepto de cheques restaurante, debían ser abonadas a los trabajadores que se incorporasen a determinados centros de El Corte Inglés procedentes de otra empresa, así como si dichas cantidades puedan ser absorbidas por las comisiones por ventas u otras retribuciones salariales que no fuesen homogéneas.

El debate queda así ceñido a interpretar el pacto ajustado por la empresa y los sindicatos. La Sala en recurso de casación ordinaria declara que, en la interpretación de los contratos, el criterio del juzgador de instancia debe prevalecer salvo que se considere irrazonable y falto de una elemental justificación y, en este caso, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional llega a una conclusión perfectamente asumible por cuanto interpretó el contrato de conformidad con los cánones previstos al efecto en los arts. 1281 y 1282 del Código Civil. El tenor literal del pacto lleva a la conclusión de que dichos conceptos salariales, en concreto, los cheques de restaurante, son cantidades que han de considerarse absorbibles y compensables por otros conceptos retributivos. Añade la sentencia como argumento que “(...) no sólo la naturaleza de las cosas y la finalidad que buscaban los firmantes del pacto, avalan esta solución, sino que a idéntica conclusión se llega con la aplicación del criterio interpretativo que ofrece el art. 1282 del Código Civil para juzgar de la intención de los contratantes, a cuyo fin deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, intención claramente manifestada ahora por los firmantes del pacto, excepción hecha del demandante, ya que se han mostrado favorables a la solución adoptada por la sentencia de instancia”.

B) Nulidad de acuerdo por fraude de ley

La STSJ del País Vasco de 21 de marzo de 2003, I.L. J 1562, confirma la sentencia del Juzgado de lo Social que declaró nulo por incurrir en fraude de ley y abuso de derecho el acuerdo suscrito entre la empresa y el Comité de Empresa por el cual se daba amparo en base a la existencia de causas técnicas, organizativas o de producción, y de conformidad

a lo previsto en el art. 51.1 del ET, a un expediente de regulación de empleo. Entre otras argumentaciones, la sentencia de suplicación acoge, como hecho acreditado, que son numerosos los contratos de trabajo temporal que la empresa ha venido formalizando en los últimos años, tal actitud implica una *contradictio in terminis* o, lo que es lo mismo, el amparo de tal conducta empresarial en el texto de una norma jurídica, pero persiguiendo un resultado contrario a ella. Lo anterior, con imperio en la norma del art. 6.4 del Código Civil, lleva a concluir la existencia de un fraude legal que vulnera la exigencia del ejercicio de los derechos conforme al criterio de la buena fe con interdicción del abuso del derecho ex art. 7 de la misma ley sustantiva.

7. CONSIDERACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

A) Reglamento de Comité Intercentros

La STS de 15 de octubre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1805, resuelve la pretensión de un sindicato en el sentido de que se reconozca, a la luz de lo previsto en el Reglamento interno de funcionamiento del Comité Intercentros, su derecho a nombrar a los miembros de dicho Comité que considere oportunos en sustitución de aquellos que estaban afiliados al referido sindicato, aunque después de elegidos variaron su afiliación pasando a otra organización sindical, pretensión que se extiende a la declaración de que este último sindicato carece de legitimidad para designar miembros en el referido Comité. En el recurso articulado se denuncia como única infracción la inaplicación del Reglamento del Régimen Interior del Comité Intercentros. Pero como la propia Sala del TS ha recordado con reiteración, el recurso de casación es un recurso extraordinario que tiene que fundarse en la infracción de una norma del ordenamiento jurídico. Así, es patente que el Reglamento citado no tiene este carácter, pues no ha sido elaborado por ninguna autoridad con competencia normativa ni tampoco ostenta el carácter de convenio colectivo estatutario, no habiendo sido objeto de publicación oficial. En consecuencia, una vez decaído el motivo y la tesis de la parte recurrente, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación ordinaria interpuesto.

B) Circulares administrativas

Asimismo, sobre lo que ha de considerarse o no como norma jurídica, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de julio de 2003, I.L. J 2054, niega tal carácter a las circulares emitidas por el INSALUD.

La sentencia estima la reclamación por ayuda de estudios formulada por personal estatutario interino en instituciones de la Seguridad Social, de conformidad al Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo. El debate esencial versa sobre si las circulares que deniegan la percepción de la referida ayuda para estudios para hijos al personal interino tienen valor de norma jurídica y si pueden ser consideradas al establecer una limitación contra-

I. Fuentes del Derecho

ria a la Constitución. El Tribunal señala con contundencia que tales circulares carecen de fuerza normativa y que además el contenido vulnera el artículo 14 de la Constitución que proclama el derecho de igualdad y no discriminación, dado que no está justificada la no concesión de ayuda al personal que esté vinculado por un contrato temporal.

8. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONTRATO DE TRABAJO

A) Eficacia de cláusulas contractuales. Exclusión del Convenio colectivo

La STS de 5 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1982, dictada en unificación de doctrina, resuelve 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. El recurso es estimado por el Tribunal Supremo, entendiendo 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.

En esta línea, se pronuncia la STS de 11 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1993.

B) Validez del contrato de trabajo

La validez o nulidad de un contrato de trabajo de un extranjero cuando el empleador carece de la autorización correspondiente es objeto de tratamiento en la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 2003, I.L. J 1582. La resolución dictada señala que la carencia de la pertinente autorización a la que está obligado a conseguir el empleador no invalida el contrato de trabajo existente respecto a los derechos del trabajador extranjero, tal como señala el art. 36.3 de la Ley Orgánica de Extranjería. Ello comporta que ya no cabe tenerlo por nulo, haciendo así coincidir plenamente la realidad y el concepto jurídico y, por ende, debiendo conceptuarse como tal contrato de trabajo.

Añade la sentencia que debe de presumirse existente una relación laboral (art. 8.1 ET) si concurren las exigencias del Estatuto de los Trabajadores (art. 1.1 ET), en lo que respecta a los derechos generales y convencionales del trabajador, pues otra interpretación del precepto carecería de sentido y estaría desconectada de su claro sentido literal que es el que debe de primar (art. 3.1 CC). En consecuencia, y a los efectos del litigio planteado, ha de tenerse por existente una relación de naturaleza laboral entre las partes con independencia de que el empresario no hubiera tramitado la pertinente autorización a que estaba obligado.

C) Finiquito. Criterios de interpretación

Sobre los criterios interpretativos que rigen el finiquito y el alcance de la renuncia que en el mismo contiene se pronuncia la **STS de 11 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 1990. Se plantea en el litigio si los trabajadores que firman los correspondientes finiquitos a través de un acto conciliatorio renuncian, sin cuestionar el valor liberatorio del documento, a las acciones sociales a las que tenían derecho y, en concreto, los derechos consolidados en el fondo de pensiones al causar baja definitiva en la empresa. El problema se concreta en interpretar qué es lo que las partes tuvieron intención de resolver con la conciliación. Para resolver la cuestión han de aplicarse, según señala el Tribunal Supremo, las reglas de interpretación de los contratos que nos ofrecen los arts. 1371 y siguientes del Código Civil. Actuando en esa dirección y a través de la interpretación hermenéutica que ofrece dicho cuerpo legal se observa, en el análisis de los términos de los acuerdos extintivos, que no es posible deducir que la voluntad del trabajador fuera renunciar a las prestaciones complementarias de Seguridad Social ni a ninguna reclamación que pudiera tener relación con el régimen específico de previsión social de la empresa.

Esta Sala ha dicho de forma reiterada que la liquidación con saldo y finiquito tiene efectos liberatorios definitivos, pero dicha fórmula no tiene un contenido sacramental sino que está sujeta a los criterios de interpretación de los contratos y por ello sólo puede alcanzar a donde se interprete que llegó la intención de los contratantes.

D) Condición más beneficiosa. Llamamiento de trabajadores fijos discontinuos

La existencia o no de una condición más beneficiosa en el llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos es objeto de tratamiento en la **STSJ de Baleares de 3 de junio de 2003**, I.L. J 1907. La sentencia de instancia desestimó la pretensión de los trabajadores, contratados como fijos discontinuos, de que fuesen llamados para su vinculación siempre a tiempo completo. En sede de suplicación el TSJ confirma la sentencia de instancia en base, por un lado, a que el artículo primero de la parte tercera del convenio de aplicación establece, al regular las condiciones de los trabajadores fijos discontinuos, que éstos serán llamados según el sistema establecido para tal llamamiento, a tiempo completo o a tiempo parcial, en función de las cargas de trabajo y en las jornadas y turnos necesarios para la cobertura de los mismos. Este precepto ha venido permitiendo efectuar a unos mismos trabajadores llamamientos a tiempo completo o a tiempo parcial según las necesidades del servicio. Por otra parte la sentencia desestima, como motivo de suplicación, la existencia de la doctrina jurisprudencial sobre la condición más beneficiosa señalando que este principio de aplicación tradicionalmente se viene sosteniendo en aquellas condiciones de origen contractual lo que no es el caso pues en este supuesto únicamente viene establecida en convenio colectivo. Señala la sentencia que “En definitiva se viene estimando que si bien la negociación colectiva no puede anular la autonomía individual tampoco puede negarse la posibilidad de que el convenio colectivo entre en el terreno de los derechos individuales, pues se trata de un instrumento esencial para la resolución de las condiciones de trabajo conforme la propia Constitución”.

I. Fuentes del Derecho

E) Inexistencia de fraude de ley. Baja voluntaria

En la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de julio de 2003, I.L. J 2051, se plantea como supuesto de hecho el de una trabajadora que tras una excedencia por cuidado de hijos solicita por problemas familiares su baja voluntaria en la empresa. Es de destacar que tanto el padre como la madre y el hermano de la actora presentaban diversos cuadros clínicos lo suficientemente relevantes e incapacitantes para justificar el que la trabajadora se dedicase al cuidado de los mismos. Con posterioridad a su cese suscribió un nuevo contrato eventual que a su finalización solicitó las prestaciones por desempleo que el INEM desestimó, entendiendo que este segundo contrato lo era en fraude de ley, pues con su suscripción únicamente pretendía cobrar las citadas prestaciones.

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda absolviendo al INEM. La sentencia de suplicación revoca la de instancia y partiendo de las circunstancias concurrentes analiza a la luz de lo dispuesto en el art. 6.4 del Código Civil si en el presente supuesto se ha dado o no el fraude de ley mantenido por el juez *a quo*. A dichos efectos, indica la sentencia, el fraude de ley es una de las modalidades de los actos nulos por contravención de una norma imperativa y como tal sanción ha de interpretarse restrictivamente, de modo que para su apreciación debe acreditarse la existencia de circunstancias o hechos que de forma segura permitan afirmar la existencia de una clara e indiscutible voluntad de defraudar. En este sentido, como tiene establecido la STS de 24 de febrero de 2003, Sala Cuarta: “El mero encadenamiento de un contrato a tiempo indefinido, cese voluntario y nuevo contrato temporal no puede ser calificado, sistemáticamente, como constitutivo de un fraude de ley. Dicha no presunción ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario, pero, naturalmente, no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de las presunciones”.

En definitiva, la Sala aplicando dicha doctrina entiende que la baja voluntaria solicitada por la actora por problemas familiares está plena y sobradamente justificada y, por lo tanto, no se ha acreditado, en absoluto, la existencia del fraude de ley denunciado y en consecuencia la actora es acreedora de las prestaciones de desempleo solicitadas lo que da lugar a la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia.

F) Mejoras voluntarias de la Seguridad Social por concesión empresarial. Fuentes reguladoras

En la STS de 20 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2104, se resuelve sobre cuál ha de ser el dato a tener en cuenta para la fijación del hecho causante en un supuesto de un trabajador que sufre un accidente de trabajo y una vez declarado en invalidez permanente absoluta reclama la indemnización prevista para tales contingencias. La Junta de Andalucía para la que el trabajador prestaba servicios había suscrito dos pólizas que sucesivamente establecían cuantías inferiores de indemnización, mientras que la primera aseguraba un capital de diez millones de pesetas el segundo contrato de seguro redujo la cuantía a cinco millones. La resolución dictada en unificación de doctrina llega a la conclusión de que el hecho causante viene constituido por la fecha de la sentencia firme en la que el trabajador alcanzó judicialmente su declaración de incapacidad.

Considera el Tribunal Supremo que la indemnización establecida en este caso es una mejora de las prestaciones de la Seguridad Social concedida unilateralmente por la empresa a favor de sus trabajadores. Como tal mejora, sus fuentes reguladoras las constituyen, además de los preceptos de la normativa de Seguridad Social, tanto legales como reglamentarios, los pactos o reglas que las hayan creado, ya se trate de convenio colectivo, contrato individual o decisión unilateral del empresario.

9. VALOR DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. CRITERIOS DE EQUIDAD

Sobre el valor de la doctrina jurisprudencial y la aplicación del criterio de equidad se pronuncia la STS de 18 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2008. La cuestión litigiosa versa sobre el alcance del art. 45.3 de la Ley General de la Seguridad Social, según redacción dada por la Ley 66/1997, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, precepto que establece el plazo de prescripción de 5 años para el reintegro de las prestaciones de Seguridad Social percibidas de forma indebida. En concreto, el tema debatido consiste en determinar si el precepto ha dejado sin efecto determinados aspectos de la consolidada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la materia. Dicha doctrina modulaba la regla general de la prescripción del reintegro admitiendo, por razones de equidad, supuestos excepcionales en los que se aplica el plazo de reclamación de la Entidad Gestora al de tres meses, tales como la existencia de buena fe del beneficiario y la demora prolongada de la Seguridad Social en la reclamación del reintegro.

En el recurso se plantea inicialmente determinar si el nuevo ordinal del art. 45 supone la exclusión de la jurisprudencia que, aplicando criterios de equidad, concretó supuestos excepcionales en los que el reintegro se extiende sólo al plazo de tres meses. Este interrogante se resuelve por la Sala en la sentencia comentada en el sentido de que no se puede sostener el mantenimiento de la doctrina inspirada en principios de equidad sobre la excepcional aplicación del plazo de prescripción trimestral, dado que el propio precepto no sólo omite cualquier mención expresa a la excepción de equidad apreciada por la doctrina anterior sino que parece cerrar virtualmente el paso a la misma. Este cierre se contiene en la afirmación de que, la norma de prescripción quinquenal, ha de aplicarse con independencia de la causa que originó la percepción indebida. En estas condiciones, añade la resolución judicial, no cabe mantener la anterior jurisprudencia basada en la equidad, pues ha de tenerse en cuenta que las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita (art. 3.2 del Código Civil).

10. APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS NORMAS

Sobre la aplicación del límite de retroactividad de los efectos a los tres meses anteriores a la solicitud de una prestación de seguridad social a tenor de lo dispuesto con carácter general en el art. 43.3 de la Ley General de Seguridad Social, y en relación concreta con la pensión de orfandad, se pronuncia la STS de 14 de abril de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1866,

I. Fuentes del Derecho

dictada en recurso de casación para unificación de doctrina. La cuestión litigiosa se circunscribe a determinar si, a quien fue beneficiario de la prestación de orfandad y le fue extinguida la misma por alcanzar el techo de edad establecido para ello y en concreto la de dieciocho años, le es o no de aplicación el límite de retroacción de sus efectos a los tres meses anteriores a la solicitud, tal como dispone el precitado art. 43.3 de la LGSS. El INSS recurrente en la casación entendía que el percibo de la prestación de orfandad, causada por el fallecimiento de un ascendiente del beneficiario y que al cumplir la edad de dieciocho años cesa en el percibo de la pensión, ante una nueva solicitud generada por el cambio legislativo operado por la Ley 24/1997, de 15 de julio, que extendió la edad límite de la prestación hasta los veintiún años debería limitar sus efectos económicos a los tres meses anteriores a la solicitud. Las sentencias, recurrida y de contraste llegan a soluciones distintas contemplando dos planteamientos idénticos de una misma cuestión, que no es otra que la determinación del alcance retroactivo de la recuperación de la pensión de orfandad por parte de quienes fueron privados de ella al cumplir los dieciocho años de edad y pretenden recuperarla con ocasión de la ampliación de la edad por la reforma legal de 1997. La sentencia resuelve la contradicción estimando el recurso del INSS y aceptando que el actor tenía derecho a reanudar las prestaciones de orfandad hasta la edad de veintiún años. Ahora bien esta solicitud lo es *ex novo* ya que la prestación anterior se había extinguido por lo que el reconocimiento de prestaciones ha de efectuarse con aplicación retroactiva de los tres meses establecida en la LGSS.

Sobre la aplicación retroactiva de las cláusulas salariales del Convenio Colectivo se pronuncia la **STS de 22 de julio de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 1701. Es objeto de litigio la aplicación del art. 61 del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada Concertada que se publicó en el BOE de 17 de octubre de 2000, a una trabajadora que había cesado en su empresa el 19 de julio de 2000. En concreto, se discute si dicha trabajadora tendría derecho a una paga equivalente a una mensualidad por cada quinquenio cumplido, abono que recoge el precitado artículo convencional. Es dato relevante el que el convenio colectivo estableció en su ámbito temporal o período de vigencia que los efectos económicos del mismo se aplicarían con carácter retroactivo desde el 1 de enero de 2000.

La sentencia acude, para desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia que reconoció el derecho de la actora, a los criterios de interpretación no sólo literal sino también lógico y sistemático que regula el art. 3 en relación con el 1281 y siguientes del Código Civil y que resultan de aplicación a los convenios colectivos. Establece así la sentencia que del sentido literal de la norma convencional transcrita se desprende que los efectos económicos han de retrotraerse al 1 de enero, siendo así que el derecho de la actora se había generado dentro del período de retroactividad convencionalmente previsto y sin que quede afectada por el hecho de haber cesado en la empresa con anterioridad a su publicación, hecho que resultaría contrario al principio de igualdad, tal como recoge reiterada doctrina de la propia Sala de lo Social del TS.

La cuestión casacional que se plantea en la **STS de 24 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2089, consiste en determinar si la Administración del Estado puede ser condenada a pagar las diferencias retributivas reclamadas pese a que aún no ha transcurrido el plazo

legalmente previsto para la equiparación de las retribuciones de los profesores de religión católica con las de los profesores interinos. La sentencia recurrida y la de contraste resuelven igual cuestión aunque de forma opuesta. Se trata de determinar si las diferencias retributivas reclamadas por los citados profesores de religión católica que hubiesen prestado servicios antes de 1999, deben de ser percibidas aunque no hubiese transcurrido el plazo de cuatro años que prevé la LOGSE. Como datos a tener en cuenta en el asunto litigioso se considera la existencia de un Convenio suscrito entre el Gobierno Español y la Comisión Episcopal en 1993 que preveía la equiparación salarial de forma gradual entre profesores de religión católica con la de los profesores interinos siendo así que la entrada en vigor de un nuevo Convenio en 1999 parece plantear un efecto derogatorio retroactivo.

El Tribunal Supremo ya se había pronunciado sobre la citada cuestión entre otras en Sentencias de unificación de doctrina de 10 de diciembre de 2002 y 29 de enero y 7 de febrero de 2003. En las mismas considera que los Convenios suscritos tienen el valor normativo de un reglamento y como tal es una norma subordinada que no tiene facultades para establecer una retroactividad *in peius* de grado máximo pues sería contrario a los arts. 9.3 y 33.2 de la Constitución y, desde luego, directamente fiscalizable por la jurisdicción ordinaria. El ámbito de retroactividad de una norma con valor reglamentario es el que está autorizado por la disposición con rango de ley que desarrolla. En conclusión la sentencia reconoce el derecho de equiparación salarial pues éste ya existía con anterioridad al Convenio de 1999 quedando proscrita la retroactividad del mismo por las razones antes expuestas.

OLGA ESTRADA ALONSO

II. TRABAJADOR**Sumario*:**

Consideración preliminar. 1. Presupuestos configuradores de la relación de trabajo. A) Presupuestos sustantivos. a) Actividad voluntaria. b) Actividad retribuida. c) Actividad dependiente. d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones. 2. **Supuestos incluidos.** A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos. f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. i) Otros. 3. **Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolo o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo. G) Trabajos de colaboración social. 4. **Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios empleados. F) Arrendatarios y aparceros. G) Toreros. H) Religiosos. I) Otros.

5. Noción de trabajador en el sistema de Seguridad Social. A) Trabajador por cuenta ajena. a) Familiares. b) Extranjeros. B) Inclusiones por asimilación. a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas. b) Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado. d) Personal civil no funcionario al servicio de la Administración Local. e) Laicos y seglares que prestan servicios en instituciones eclesiásticas. f) Trabajadores al servicio de entidades benéfico-sociales. g) Personal contratado al servicio de Notarías, Registros de la propiedad y otros centros similares. h) Funcionarios en prácticas. i) Funcionarios del Estado transferidos a las CCAA. j) Miembros de las corporaciones locales. k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas. l) Otros. C) Exclusiones. a) Servicios amistosos, benévolo o de buena vecindad. b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. 6. **Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1548 a J 2186) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

c) Actividad dependiente

– STS de 23 de octubre de 2003, I.L. J 2073 (recurso de casación para la unificación de doctrina 677/2003).

1. En el caso enjuiciado un médico suscribe con el Patronato Militar de la Seguridad Social un contrato de arrendamiento de servicios profesionales. En virtud del mismo, el médico se obligaba a la asistencia facultativa al personal afiliado al Patronato y a sus beneficiarios en las siguientes condiciones: era aquel el que fijaba el horario de consulta y de recepción de avisos; corría con los gastos correspondientes a la cobertura de los servicios, así como con los derivados de las retribuciones de los suplentes en sus ausencias a su cargo; se comprometía a respetar la normativa del Patronato a efectos de cumplimentación de documentos; la prestación de servicios carecía de carácter exclusivo, de manera que podía compatibilizar dicha prestación con la atención de clientes propios; y, en fin, recibía como contraprestación una cantidad anual a tanto alzado en concepto de honorarios profesionales. El 3 de diciembre de 2001 el Patronato decidió poner a fin a la relación de forma unilateral, a resultas de lo cual el médico afectado interpone demanda por despido. La sentencia de instancia declaró la incompetencia del orden social, apreciación que fue confirmada por la sentencia de suplicación.

2. El Tribunal Supremo entiende que la relación que existió entre las partes no era laboral por ausencia de la nota de dependencia, es decir, por falta de inserción del médico en el ámbito de organización y dirección del Patronato. A su juicio, no cabe apreciar la existencia de tal subordinación ni siquiera en un sentido laxo, pues el demandante conserva su autonomía profesional de manera absoluta, como prueba el que pudiera compatibilizar el servicio contratado con la asistencia a sus propios pacientes, que lo hiciera en el consultorio por él elegido y durante el horario que libremente establecía, y que sufragara los gastos originados en la suplencia por sus ausencias. A mayor abundamiento, el Tribunal rechaza la aplicación de la presunción *iuris tantum* a favor de la existencia de una relación laboral reconocida por el artículo 8.1 ET, al considerar que aquella queda desvirtuada por haber podido constatar que el contrato celebrado entre el médico y el Patronato Militar es un verdadero arrendamiento de servicios.

3. La fundamentación y el fallo de este pronunciamiento merece una valoración positiva. Es sabido que uno de los rasgos característicos de la relación laboral más controvertidos es el de la dependencia o subordinación. El Tribunal Supremo ha declarado en más de una ocasión (entre otras, STS de 21 de mayo de 2000, citada en la sentencia objeto de comentario) que la jurisprudencia y las propias normas laborales han interpretado de forma flexible la existencia de dependencia hasta el punto de limitarse a exigir la mera integración en el ámbito de organización y dirección de una empresa. Pues bien, parece indiscutible que tal inserción no se produce en este caso, una vez que se acredita que el actor gozaba de una libertad casi absoluta en la planificación y el desarrollo de la prestación, sólo limitada por la observancia de ciertas prácticas documentales. Ante tales circunstancias, resulta imposible aceptar la aplicación de la presunción del artículo 8.1 ET, en virtud de la cual, ante la apariencia de laboralidad es quien niega tal naturaleza a una relación la responsable de acreditar la inexistencia de relación laboral.

B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones

– STSJ de Cantabria de 10 de junio de 2003, I.L. J 1931 (recurso de suplicación 715/2003).

1. La sentencia analiza una demanda de despido planteada por una bailarina extranjera que actuaba en el seno de una Orquesta, siendo dicha orquesta contratada para los espectáculos por la empresa X, como promotora del espectáculo. Otras bailarinas de la Orquesta estaban contratadas por la empresa Y. La actora carecía de permiso de residencia y trabajo en España.

2. La sentencia confirmó la decisión de instancia, declarando la nulidad del contrato de trabajo de la actora, si bien reconociendo el derecho de la misma a percibir la retribución pertinente, de acreditarse la relación laboral, si bien, en un nuevo pleito de reclamación de cantidad. En concreto, el Tribunal, con amplia cita de sentencias del extinto TCT y del TS, sostiene la nulidad del contrato de trabajo, puesto que el artículo 7.c) del ET establece que sólo podrán contratar la prestación de trabajo los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica. Y los artículos 33 y 35 de la LO 4/2000, establecen que los extranjeros que deseen trabajar en España por cuenta ajena, deberán obtener permiso de trabajo. Según el TSJ, su “falta no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, pero sí invalida el contrato”. Se señala asimismo que la falta de permiso de trabajo es “una circunstancia que afecta a la capacidad de contratar”.

3. La sentencia resulta especialmente criticable, y contraria a la línea jurisprudencial dominante, teniendo en cuenta que el propio TS, entre otras, en su reciente Sentencia de 29 de septiembre de 2003, I.L. J 1554, ha sostenido que, en virtud del artículo 33.3 Ley 4/2000, “el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es a partir de la expresada Ley un contrato nulo” (véase, asimismo, la doctrina de la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 2003, I.L. J 1582, si bien en un supuesto de declaración de relación laboral y no de despido). Doctrina que, según el TS, se reafirma de manera aún más patente tras la reforma de la LO 4/2000 mediante la LO 8/2000, que ha trasladado la regulación de esta materia al artículo 36.3 (téngase en cuenta que este precepto ha sido nuevamente modi-

ficado por la Ley 14/2003, sin que de ello puedan desprenderse cambios interpretativos a estos efectos). No se trata ya, por tanto, de un problema de falta de capacidad, sino de efectos de la ausencia de una autorización administrativa para trabajar, que la Ley entiende que no debe afectar a la validez del contrato. La cuestión que se plantea a continuación es si, careciendo de permiso de trabajo, cabe readmitir al trabajador en supuestos de despido nulo o improcedente.

– **STS de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 1554 (recurso de casación para unificación de doctrina 3003/2002).

1. Se aborda en este pronunciamiento del Tribunal Supremo la cuestión relativa a la validez del contrato de trabajo celebrado con una trabajadora extranjera no comunitaria que carecía de la correspondiente autorización administrativa para trabajar. La trabajadora había iniciado su relación laboral sin estar en posesión de los permisos de residencia y trabajo en España aunque los solicitó apenas transcurridos unos meses desde la celebración del contrato. En un momento posterior, cuando todavía no había decidido por la autoridad competente la concesión o denegación de dichos permisos, la trabajadora comunica a su empresario la imposibilidad de realizar sobreesfuerzos desmedidos ni desproporcionados como consecuencia de su embarazo. La empresa procede al despido de la trabajadora, sin notificación escrita ni alegación de causas. Ante esta decisión empresarial, reacciona la trabajadora presentando demanda por despido nulo. En primera instancia y suplicación la demanda de la trabajadora fue acogida por estimar, primero el Juzgado de lo Social y después el Tribunal Superior de Justicia, que el contrato de trabajo era válido y que la trabajadora había aportado suficientes indicios de que la causa del despido era su embarazo. La empresa recurre ante el Tribunal Supremo en casación para unificación de doctrina insistiendo en la nulidad de contrato y en la inexistencia de discriminación.

2. El Tribunal de casación aborda su pronunciamiento sobre el recurso planteado analizando, en primer lugar, y como corresponde en la resolución de un recurso para la unificación de doctrina, la existencia de contradicción. De las dos cuestiones planteadas sólo se advierte contradicción respecto a la primera, esto es, la relativa a la validez o nulidad del contrato de trabajo celebrado con extranjero no comunitario, de modo que el Tribunal Supremo limita su función unificadora a esta cuestión excluyendo el análisis referido al carácter discriminatorio del despido. Pues bien, respecto a la validez del contrato de trabajo celebrado en las condiciones señaladas, el Tribunal Supremo declara que, conforme a la normativa de extranjería (art. 36 LO 8/2000), la prestación laboral de un trabajador extranjero no comunitario requiere la obtención por éste de un permiso de trabajo. En caso de prestación laboral de un trabajador extranjero sin el correspondiente permiso, el empleador debe obtener previamente autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La normativa mencionada prevé expresamente que la carencia de esta autorización, sin perjuicio de las responsabilidades a que pueda dar lugar, no invalida el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero. En definitiva, el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es un contrato nulo y por ello no puede negarse al trabajador la protección que nuestro sistema de relaciones laborales dispensa al contrato de trabajo.

II. Trabajador

3. Durante la vigencia de la Ley Orgánica 7/1985, reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, la doctrina judicial del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia venía afirmando que el contrato de trabajo celebrado con un extranjero sin permiso debía considerarse como un contrato nulo con el único efecto del derecho del trabajador a percibir el salario por el trabajo desarrollado, pero excluyendo la posibilidad de impugnar el despido (STSJ de 21 de marzo de 1997), el derecho a indemnizaciones por extinción del contrato (STSJ de Andalucía de 3 de julio de 1998), el cómputo del período de relación laboral nula a efectos de antigüedad (STSJ de Cataluña de 11 de enero de 1999) o el derecho a salarios de trámite (STS de Cataluña de 10 de julio de 2002). El cambio normativo operado por las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000 ha determinado, sin embargo, una sustancial modificación de la doctrina judicial que, en aplicación del ya mencionado artículo 36 LO 8/2000, ha pasado a reconocer la validez de los contratos celebrados con extranjeros sin permiso de trabajo. Esta nueva interpretación fue avanzada por alguna sentencia de suplicación (SSTSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002 y Madrid de 30 de septiembre de 2002) y confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de junio de 2003 en la que, con fundamento en la validez del contrato, se reconoce la protección derivada de accidente de trabajo a un trabajador extranjero que prestaba servicios laborales por cuenta ajena sin los permisos necesarios. La Sentencia de 29 de septiembre de 2003 que ahora se comenta viene a confirmar esta interpretación judicial.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

d) Deportistas profesionales

– STS de 18 de septiembre de 2003 (recurso de casación para unificación de doctrina 3868/2002), I.L. J 1967.

1. El demandante, de nacionalidad Bosnia, jugador profesional de balonmano fue contratado y presta sus servicios para el demandado FC Barcelona. El demandado acredita permiso de trabajo tipo C. En septiembre de 2001, el club demandado remitió a ASOBAL la solicitud de inscripción de la ficha del jugador y la petición de licencia federativa como jugador comunitario. La petición fue denegada a indicación de la Federación. En instancia, el Juzgado de lo Social estimó la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, siendo confirmada por el TSJ de Cataluña.

2. El TS entiende que esta cuestión ha sido abordada y resuelta en el Auto de la Sala de Conflictos del TS de 14 de junio de 2001 en el sentido de atribuir la competencia al orden contencioso-administrativo. De acuerdo con la Ley 10/1990 del deporte y el RD 1835/1991, las federaciones deportivas son “entidades asociativas privadas” que ejercen por delegación determinadas “funciones públicas de carácter administrativo”, entre otras las de “calificar y organizar”, “bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes”, las “actividades y competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal”. Uno de los principales instrumentos de organización de las competiciones oficiales es la concesión

y calificación de las licencias federativas por parte de las federaciones deportivas españolas, tales licencias constituyen título habilitante para participar en dichas competiciones, condicionando también en su caso la composición de los equipos competidores (“alineación”) en los encuentros deportivos. Por tanto, la asignación o denegación de licencia de jugador comunitario, aunque tenga importantes consecuencias en las condiciones de empleo de los deportistas profesionales de nacionalidad extranjera es un acto que corresponde “a la esfera del poder delegado en la que la federación actúa como colaboradora agente de la Administración” y no a la rama social del derecho. En conclusión “el conocimiento jurisdiccional sobre las controversias que pueden originar las decisiones de atribuir o no, o de atribuir unas u otras, licencias federativas corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3. De acuerdo con el artículo 1.2 RD 1006/85, de 26 de junio, BOE del 27, se considera deportista profesional a “quien, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedica voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”. El deportista profesional, además de a la legislación laboral común y específica, está sujeto a las normas federativas y técnicas de cada modalidad deportiva. Sin embargo, los deportistas profesionales no mantienen una relación laboral con la Federación Deportiva ex artículo 1.6 RD 1006/1985 que excluye dichas relaciones cuando los deportistas se integran en equipos, representaciones o selecciones organizadas por la Federación. De acuerdo con el artículo 29.1 Ley 10/1990, de 15 de octubre, BOE del 17, del Deporte los clubes deportivos o las sociedades anónimas deportivas, al objeto de formar una selección nacional, deberán poner a disposición de la Federación Española que corresponda, los miembros de su plantilla deportiva, en las condiciones que se determine. Surge, por tanto, una obligación entre los clubes o sociedades y la Federación y, por ende, la prestación de servicios de los deportistas para con la Federación es obligatoria, faltando el requisito de voluntariedad que caracteriza el ámbito laboral. El empresario conservará tal condición durante todo el tiempo que el deportista sea cedido para la participación de competiciones nacionales o internacionales a la Federación (art. 47.2 Ley 10/1990).

El artículo 1.2 del derogado RD 318/1981, de 5 de febrero, BOE del 6, por el que se regulaba la relación laboral especial de los deportistas profesionales exigía, junto con los demás requisitos para la inclusión dentro de su ámbito de aplicación que se mantienen en la normativa vigente, que el deportista estuviese en posesión de la correspondiente licencia federativa. Este requisito provenía de algunas normas federativas de determinadas modalidades deportivas, que en ocasiones contenían importantes efectos laborales inherentes a la validez de la licencia, lo que suponía que los efectos jurídico-estatutarios del ámbito meramente deportivo se hacían extensibles sin más al campo de las relaciones laborales, contraviniendo los principios jurídicos más elementales. En la actualidad, el artículo 1.2 RD 1006/1985 evita todos los referidos inconvenientes al eliminar el requisito de estar en posesión de la correspondiente licencia federativa para quedar incluido en el ámbito de aplicación de la normativa reguladora de los deportistas profesionales. La existencia del contrato de trabajo del deportista profesional y, por tanto, el sometimiento al ámbito de

II. Trabajador

aplicación de la normativa reguladora específica de este tipo de relación especial, no podía en modo alguno condicionarse, como se hacía en la normativa anterior, a la posesión o no de la correspondiente licencia federativa en el sentido contemplado por la normativa deportiva —que identifica el concepto de licencia para practicar un determinado deporte con la inscripción del deportista en la Federación pertinente a favor de un club concreto— pues ambos conceptos se refieren a ámbitos normativos diversos. Un deportista profesional es trabajador con independencia de si a nivel federativo se exige o no determinados requisitos formales para poder disputar partidos oficiales de competición. La licencia supone un acto de admisión en la organización del que deriva una situación cuasiestatutaria, la de deportista federado con evidentes consecuencias en las relaciones jurídicas concernidas. De acuerdo con el artículo 32.4 LD, para la participación en competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal será preciso estar en posesión de una licencia deportiva expedida por la correspondiente Federación Española, según las condiciones y requisitos que se establecerán reglamentariamente. Asimismo y de acuerdo con el artículo 7.1 RD 1835/1991, de 20 de diciembre, BOE del 21, sobre federaciones deportivas españolas, para la participación en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal será preciso estar en posesión de la licencia federativa expedida por la correspondiente federación deportiva española. En conclusión, la regulación de la licencia en el sentido de inscripción que contempla la normativa federativa es una cuestión que afecta en exclusividad al ámbito deportivo, no al ámbito laboral. De ahí que se comparta plenamente las decisiones adoptadas en instancia, en suplicación y en casación para unificación de doctrina sobre la incompetencia de la jurisdicción laboral en este caso y su traslado a la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

– STS de 9 de diciembre de 2003, I.L. J 2141 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1041/2003).

1. Del escaso relato fáctico cabe destacar que el actor trabajó como subagente de seguros entre los años 1993 y 1997, tiempo durante el cual sus ingresos superaron el Salario Mínimo Interprofesional. Tal circunstancia llevó a la Tesorería General de la Seguridad Social a decretar de oficio su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con efectos desde el 1 de enero de 1995 al 31 de diciembre de 1997. El actor impugnó esta decisión solicitando su anulación, así como la devolución de las cuotas correspondientes a ese período. El juzgado de lo social desestimó la demanda, absolviendo a la TGSS, pero tal sentencia es revocada por el TSJ de la Comunidad Valenciana en el posterior recurso de suplicación.

2. El Tribunal Supremo advierte que la cuestión a resolver es si la doctrina recogida en la STS de 29 de octubre de 1997 debe aplicarse o no a hechos producidos antes de esa fecha, aspecto decisivo para saber si sólo desde esa fecha puede acordarse el alta en el RETA de aquellos subagentes a quienes su dedicación les haya reportado ingresos cuya cuantía en cómputo anual supera el salario mínimo interprofesional. Recuerda el Tribunal que esta

cuestión ya ha sido resuelta en pronunciamientos anteriores, observando el siguiente razonamiento. La interpretación que del artículo 2.1 del Decreto 2530/1970 hace la sentencia antes mencionada goza de carácter meramente declarativo. En ella se afirmaba que los subagentes afectados, que lo eran desde 1994, debían haber estado comprendidos en el ámbito del RETA desde ese momento y no sólo a partir de la fecha de la sentencia, 29 de octubre de 1997. Y, en esta misma línea, recuerda que las disposiciones aclaratorias e interpretativas no son derecho nuevo, sino mera interpretación del contenido y alcance del ya promulgado (STS 1ª de 29 de octubre de 1990); dicho en otras palabras, las sentencias no establecen normas susceptibles de parangonarse con los criterios de vigencia y derogación de las leyes, sino que se limitan a explicitar la voluntad legislativa.

3. La doctrina contenida en esta sentencia ya fue glosada con ocasión del comentario de la STS de 25 de marzo de 2003 (I.L. J 625). Se comparte la interpretación seguida por el Tribunal Supremo en relación con dos cuestiones. Primero, que a la hora de determinar el encuadramiento de los subagentes de seguros hay que estimar que el criterio del montante de la retribución es apto para apreciar el requisito de habitualidad previsto en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, sobre el RETA. Y, segundo, que la aplicación de esa doctrina ha de extenderse también a actividades desarrolladas con anterioridad a la mencionada fecha del año 1997.

4. ZONAS GRISAS

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– STSJ de Madrid de 5 de mayo de 2003, I.L. J 1651 (recurso de suplicación 1364/2003).

1. Las actoras tenían celebrado un contrato administrativo menor de servicios con una Mancomunidad Intermunicipal. En el contrato se estipulaba una prestación por horas y una cuantía a percibir por parte de las actoras, IVA incluido. A las actoras se les exigió acreditación de encontrarse de alta en el RETA y en el IAE. Las actoras tributaban IRPF en concepto de rendimientos de actividad profesional. Como consecuencia de irregularidades en el pago, las actoras instaron una reunión con la mancomunidad, que les respondió entendiendo que solicitaban la resolución del contrato, dando plazo para alegaciones contra un hipotético procedimiento de resolución instado por las actoras y suspendiendo el servicio que éstas prestaban.

2. La sentencia de suplicación revocó la sentencia de instancia, que había estimado la existencia de falta de jurisdicción, y estimó la pretensión de la parte actora, entendiendo que se trataba de una relación laboral, puesto que las actoras disfrutaban de vacaciones, debían justificar las enfermedades y la empleadora dirigía y supervisaba los trabajos que realizaban. En efecto, dado que la cobertura del contrato administrativo se basaba en la Ley 13/1995, en la redacción en aquel momento vigente, y ésta sólo admitía en su artículo 197.1 a 3 la celebración de contratos de consultoría y asistencia así como los de servicios

II. Trabajador

que se celebrasen para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales, y puesto que la relación que unía a las actoras con la mancomunidad no podía reconducirse a ninguno de estos supuestos, debía declararse la existencia de relación laboral y, por tanto, la competencia del orden jurisdiccional social para conocer del asunto.

3. La Sentencia del TSJ se encuadra en una línea jurisprudencial estable del TS que sostiene que, cuando la Administración Pública se excede en sus facultades de contratación administrativa, y se cumplen los requisitos típicos de una relación laboral, el contrato celebrado ha de considerarse de trabajo (no sucede así, sin embargo, en el caso de los funcionarios interinos irregularmente nombrados). Cuestión distinta es que dicho contrato haya de considerarse como indefinido pero no fijo de plantilla, teniendo en cuenta que no se han cumplido los requisitos de mérito y capacidad que exige el principio de igualdad de acceso a la hora de prestar servicios para las Administraciones Públicas. La sentencia no entra a conocer de esta última cuestión, puesto que se trata de una sentencia declarativa de la competencia del orden jurisdiccional social y, por lo tanto, de reenvío.

D) Profesiones liberales

– STSJ de Baleares de 7 de febrero de 2003, I.L.J 1835 (recurso de suplicación 704/2002).

1. El actor asesoró a la empresa demandada, recibiendo mediante factura un millón de pesetas. Celebró luego con ella un contrato de arrendamiento de servicios, expresamente compatible con la realización de otras actividades externas, percibiendo una retribución mensual de cuantía fija. Finalmente, habiendo constituido una sociedad civil con su esposa, dedicada a la asistencia y consultoría, dejó de percibir la compensación mensual, facturando mensualmente a la empresa demandada en concepto de asistencia técnica de dirección. El actor es profesional liberal colegiado, no tenía jornada ni horario, trabajaba a tiempo parcial, y siempre además para otras empresas. Resuelto el contrato por la empresa el actor demanda en concepto de despido, oponiendo aquélla en el acto del juicio la excepción de incompetencia por razón de la materia, que el juzgado de instancia estima.

2. El actor recurre en suplicación manteniendo la existencia de relación laboral, pero la Sala lo desestima en base a los hechos probados de la sentencia, frente a los cuales el actor intentó adiciones importantes para la prosperabilidad de su pretensión, siendo todas ellas desestimadas bien por su irrelevancia para el fondo del asunto, bien por no acreditar los motivos correspondientes del error padecido por el juzgador en la valoración de la prueba, con base en elementos probatorios documentales o periciales obrantes en los autos. En base a esa circunstancia, la Sala concluye 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 artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, lo que excluye del tema a esta jurisdicción laboral [art. 2.a) LPL]”.

3. Tratándose de una sentencia de las que se pueden llamar “fácticas” a efectos de entenderse, no cabe realizar crítica de la doctrina judicial vertida, en un todo coherente con los hechos declarados probados en la instancia. Pero sí permite el caso una consideración de interés, relacionada con la propia actitud del profesional vinculado con la empresa. Ciertamente

es que el disfraz como “arrendamiento de servicio” de lo que es un contrato de trabajo debe ser desenmascarado por los tribunales con energía, pues de otro modo el fraude al objetivo de las leyes laborales está servido. Como verdad es, también, que los signos externos de la dependencia (horario fijo, jornada que se presta en el centro de trabajo, forma o cuantía de la retribución) no autorizan a ser objeto de identificación con la dependencia misma, con la aceptación de las órdenes e instrucciones del empleador, bajo imposición de sanción en diverso grado. Y todavía podría recordarse que los derechos de los trabajadores son indisponibles y que ha de velarse por la declaración de la laboralidad de los vínculos sobre todo en sede judicial. Pero no es menos cierto que, a partir de un determinado nivel de formación y de “categoría social”, la propia actitud del prestador de servicios es muy relevante a la hora de solicitar el enjuiciamiento, de modo que incurrir en incoherencia el profesional colegiado que a la postre reclama la aplicación de la legislación laboral cuando previamente ha aceptado cobrar su trabajo a tanto alzado y por una sola vez en cantidad inusual, cuando después ha aceptado suscribir un contrato de arrendamiento de servicios y cuando, por último, ha confundido su prestación personal con la actividad social de una persona jurídica en la que se implica incluso a una segunda persona física, percibiendo los honorarios a través de ella por intereses probablemente fiscales.

E) Socios empleados

– STSJ de Extremadura de 26 de junio de 2003, I.L. J 1751 (recurso de suplicación 359/2003).

1. Ante tres demandas por despido improcedente presentadas por D. José, D. José Antonio, y D. Jesús María, la sentencia de instancia declara el despido del primero efectivamente improcedente con sus consecuencias legales, y por tanto extinguida su relación laboral con la Sociedad de Responsabilidad Limitada demandada. Sin embargo, el juzgado de lo social se declara incompetente para entrar a valorar las demandas de D. José Antonio y D. Jesús María, al constar como hechos probados que D. Jesús María era titular del 13,33 por ciento del capital social de la entidad demandada, y la esposa de D. José Antonio, del 38,33 por ciento adquirida por compra a su esposo, ostentando “conjuntamente el 51,66 por ciento del mencionado capital social”. Se da la circunstancia adicional de que tanto D. Jesús María como D. José Antonio aparecen en el Registro mercantil como administradores de la sociedad de la que son propietarios en los porcentajes indicados. Igualmente, constan como hechos probados, que D. José Antonio realizaba funciones de expendedor en la Sociedad, dedicada al servicio de carburantes, y D. Jesús María las de administrativo en el mismo centro de trabajo. Ambos fueron despedidos a través de las correspondientes cartas alegando causas disciplinarias. Es necesario señalar que junto a D. Jesús María y la esposa de D. José Antonio, concurrían dos titulares más del capital social: Dña. Sofía con el 43,33 por ciento y su marido con el 5 por ciento del mismo.

2. La sentencia analizada estima, en primer lugar, el recurso por el que se solicita que se declare la competencia del orden jurisdiccional laboral en la materia objeto de litigio.

II. Trabajador

Para ello analiza la jurisprudencia existente en materia de valoración de la laboralidad de las relaciones mantenidas entre los socios prestadores de servicios en la sociedad y ésta, cuando además son administradores de la misma. Así, citando la STS de 30 de abril de 2001, resuelve la existencia de ajenidad en la relación de los demandantes con la sociedad demandada y la relevancia en esta cuestión de que el capital se encuentre en manos de la esposa de uno de los demandantes y no en las suyas propias. Dicha sentencia asume la doctrina que interpreta que, conforme a la DA Vigésimo Séptima LGSS, es posible en las sociedades mercantiles capitalistas la compatibilidad de la condición de socio y de trabajador al servicio de la sociedad, siempre que ambas relaciones mantengan sustantividad propia y la aportación al capital de la sociedad no sea superior al 50 por ciento. En estos casos, se admite que el trabajo se preste por cuenta ajena, cediéndose los frutos anticipadamente a una persona jurídica diferenciada de sus participantes. En el caso concreto sujeto a revisión, e independientemente de la afirmación mantenida en la sentencia de instancia, se constata que ni un demandante ni otro alcanzan por sí solos dicho porcentaje. Por otra parte, el hecho de que la esposa de D. José Antonio sea propietaria del 38,33 por ciento del capital, teniendo como régimen económico matrimonial el de gananciales, no desvirtúa aquella primera conclusión. Respecto a la relevancia de la condición de administradores de ambos demandantes, la sentencia mantiene la doctrina del TS expresada en sentencias como la de 29 de enero de 1997, entendiéndose que si a tal condición no se suma una participación importante en el capital social, no cabe excluir la concurrencia de relaciones. En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia estima la competencia del orden laboral y procede a la devolución del caso a la fase procesal previa para que sea valorado oportunamente.

3. Efectivamente, se comparte aquí la decisión del Tribunal, en la medida en que se comparte también la interpretación del TS a la hora de estimar la laboralidad de la relación del socio y trabajador de una sociedad mercantil capitalista, siempre y cuando no ostente el control efectivo sobre la misma, es decir, cuando no se identifiquen la voluntad del socio y la de la entidad de la que participa. Es el elemento control efectivo el que realmente ha de ser valorado, y un indicio de dicho control es la participación económica, o la participación en la adopción de decisiones como administrador por parte del socio. No obstante, se ha de resaltar la condición de indicios de tales datos. En el caso concreto, el efectivo control de la sociedad quedaba en manos de los dos partícipes restantes, que, cónyuges entre sí, eran titulares de más del 53 por ciento del capital social. Este control se demuestra en la facultad que ejercieron de despedir, o extinguir la relación laboral de D. Jesús María, socio trabajador, y D. José Antonio, trabajador y cónyuge de otra socia.

I) Otros

– SSTSJ de Madrid de 20 de mayo de 2003, I.L. J 1647 (recurso de suplicación 927/2003) y de 19 de mayo de 2003, I.L. J 1655 (recurso de suplicación 1681/2003).

1. Los dos supuestos giran en torno a un mismo elemento conflictivo. En 1990, Telefónica de España, SAU y la Fundación Universidad Empresa suscriben un convenio de colaboración completado dos años más tarde con un Protocolo sobre Becas y Prácticas de Especialidad. En 1999 suscriben un Convenio Marco para la realización de prácticas de universitarios. Telefónica ofertó públicamente 50 becas en la Escuela de Marketing para

que universitarios participaran durante dos años en un programa de formación en técnicas de márketing orientadas en telecomunicaciones. En la primera sentencia (I.L. J 1647), el demandante, licenciado en Ciencias Empresariales, consigue una beca con una contrapartida retributiva que le es abonada por la FUE con fondos que le aporta previamente Telefónica. En un primer momento, el demandante recibe un curso de integración de tres días de duración. Posteriormente recibe un curso de formación de 95 horas presenciales y seguimiento a distancia en la Escuela de Negocios ESIC que culminó con la presentación de un proyecto. Por último, realizó un curso de gestión de riesgos de 12 horas al igual que el personal con contrato de trabajo del departamento. El demandante prestó servicios en varios Departamentos de la Dirección General de Marketing y lo hacía en las mismas condiciones que los trabajadores que desarrollaban sus servicios profesionales en dichos departamentos con categoría profesional de técnicos medios, realizando el mismo horario y utilizando las mismas herramientas y programas informáticos. La actividad era supervisada por los superiores de cada Departamento, al igual que se hacía con el resto de los compañeros. En el segundo supuesto (I.L. J 1655) la demandante, con hechos sustancialmente idénticos, prestó servicios en diferentes departamentos, en este caso, de la Dirección Comercial de Telefónica.

2. El Tribunal considera en ambos pronunciamientos que la relación es laboral “pues si en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad objeto de una contraprestación económica y también en el primer caso legitimado está quien la concede o financia para establecer un control de la actividad del becario y exigirle el cumplimiento de ciertas obligaciones, la diferencia entre ambos radica en que la finalidad primaria de la beca es facilitar y ayudar a la formación del becario y no ha de incorporar los resultados o frutos del estudio o trabajo de formación realizados al patrimonio de la persona que la otorga”. En estos casos, dicha finalidad ha quedado preterida cuando de todo el tiempo que dura el vínculo tan sólo al principio recibe el actor cursos de formación, llevando a cabo durante todo el tiempo restante un trabajo que se considera permanente y necesario para la compañía. Entiende el Tribunal que “relación laboral ha existido al darse las notas típicas de ésta señaladas en el artículo 1.1 ET, al haber efectuado la labor encomendada por la empresa de modo idéntico a sus compañeros, sin la asistencia, ayuda, control y supervisión específica de un tutor”. Si se demuestra, como ocurre en cada uno de los casos de autos, que el actor estuvo incluido “en el círculo rector de la empresa y ésta obtuvo los frutos de su trabajo, vínculo laboral ha existido y ordinaria ha sido la relación (...) significando que el conocimiento por el actor de las condiciones del programa de becas y el que ninguna reclamación haya hecho con anterioridad ni le impide el ejercicio de la acción que se analiza ni supone quiebra de principios de buena fe o abuso de derecho pues si beca solicitó y obtuvo su ejecución no respondió a ello y legitimado está a su término para la impugnación llevada a cabo”. Añade el Tribunal, por último y en el segundo de los pronunciamientos citados (I.L. J 1655) que “al mantenerse la relación al margen del campo normativo de la disciplina, mediante la articulación de un régimen de becas, de naturaleza extralaboral, que en su posterior desarrollo quedó desvirtuado, se ha incurrido en un fraude de ley del artículo 6.4 CC, cuyas consecuencias no pueden ser otras que la estimación del carácter indefinido del contrato pues no fue intención de las partes el

II. Trabajador

acogerse a un contrato de trabajo en prácticas, pese a no haber observado las exigencias de formalización escrita sino el de mantenerse al margen del ámbito laboral”.

3. Valorada desde antiguo, la beca se viene contemplando como toda ayuda económica destinada a completar la formación del sujeto. Se trata de una situación fronteriza entre el sistema formativo y el sistema productivo que el ámbito laboral ha resuelto con la creación de los contratos en prácticas y para la formación. Pero la regulación de estos últimos ha dejado siempre fuera de su ámbito de aplicación “las prácticas profesionales realizadas por estudiantes al amparo de la legislación educativa vigente como parte integrante de sus estudios académicos, especialmente en el campo de la formación de carácter profesional” (DA Primera RD 488/1998, de 27 de marzo, BOE de 9 de abril). Y es que bajo la denominación de beca, bolsa, ayuda al estudio, ayuda a la investigación, etc., se esconden situaciones bien diversas, si bien las más próximas al ámbito laboral y las que generan mayores dificultades de calificación son las que se basan en la obtención de experiencia laboral por medio del contacto con el mercado de trabajo. En nada modifica esta conclusión la reciente aprobación del RD 1326/2003, de 24 de octubre, BOE de 3 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación ya que el mismo tiene un campo de aplicación ciertamente restrictivo (sólo becarios de investigación y sólo pertenecientes a programas de entidades públicas, básicamente) y difícilmente extensible a supuestos como los dos que se analizan. De ahí que siga sin caber duda alguna de que será la presencia de las notas de voluntariedad, retribución, ajenidad y dependencia las que marquen la laboralidad o extralaboralidad de la relación. Advirtiendo en todo caso, y ésta es quizá la precisión más importante, que la naturaleza jurídica de la relación vendrá dada por su contenido real y no por su denominación formal por lo que, en última instancia, son los tribunales quienes valorarán cada caso concreto y establecerán la calificación correspondiente. Como es sabido, los presupuestos sustantivos de la relación laboral son la voluntariedad, la retribución, la dependencia, la ajenidad así como el carácter personalísimo de la relación. El primero y el último existen sin duda en la relación del becario con su institución. Los otros tres, son susceptibles de un análisis más casuístico. En el supuesto de la retribución, porque se considera que la beca, como señala el diccionario de la Real Academia, es una ayuda pecuniaria concedida a un estudiante pero no la contraprestación por un trabajo productivo efectuado. Quizá la clave no esté tanto en la valoración de esta donación económica como en la existencia o no de la relación laboral, pues si no existe no puede ser considerada salario. En definitiva, la beca como ayuda, estipendio o cualquier denominación que acepte, dado su contenido económico, coincide con el salario puesto que ambos vienen a ser cantidades económicas que uno de los sujetos de la relación entrega de forma periódica a la otra parte de la relación. La distinción entre ambas es la causa de su pago pues el salario se devenga como consecuencia de la prestación de un servicio o trabajo y la beca se percibe por una concesión graciosa de quien la otorga con el fin de ayudar al becario a lograr sus metas profesionales. Por lo que se refiere a la dependencia, aunque normalmente no es exigible al becario la realización de una actividad a favor del becante o de terceros suele existir una prestación de servicios y una integración en la producción, por lo que hay que dilucidar si los beneficios logrados se integran en el ámbito organizativo y productivo de los sujetos que dictan órdenes o instrucciones y bajo la dependencia del empresario o simplemente se trata de notas o instrucciones orientativas del empresario tendentes a contribuir en un mejor aprendizaje o formación. Algunos indicios se muestran partidarios de declarar la depen-

dencia de la relación. El trabajo se desarrolla en la sede del empresario, existiendo además una cierta relación de exclusividad. El horario y la jornada pueden variar según los casos, aunque siempre suele existir sujeción de algún tipo, bien por razones de organización empresarial, bien para asegurar el efectivo aprovechamiento de las prácticas. Es cierto que se produce un grado de sometimiento del becario a la organización empresarial pero siempre matizado por la finalidad formativa. Las indicaciones o instrucciones lo serán para el correcto desarrollo de la actividad de formación. Si hubiera indicios de poder de dirección que el empresario no podría rechazar sin perder la beca dando lugar a una subordinación jurídica nos encontraríamos ante una relación laboral pues los fines del empresario estarían por encima de la finalidad formativa. En cuanto a la ajenidad en los frutos es evidente, pues la percepción económica no varía en función del resultado mientras que la ajenidad en los riesgos es clara al no incumbir al becario los riesgos de su mentor. Con todo, una de las notas más relevantes será la existencia de un plan formativo preestablecido y tutorizado, el cual excluiría la posibilidad de que el becario realizase actividades laborales. En definitiva, en la relación ha de existir una conexión entre los estudios o titulación del becario y el fin de la relación y la actividad ciertamente desempeñada. A tal fin es necesario valorar cuál es el interés primario si el de la actividad formadora, en cuyo caso prima el interés del becario, o el de la prestación de servicios, en cuyo caso primará el interés del becante. Si predomina el interés formativo, el becante no puede exigir al becario una diligencia profesional como sí sería exigible en el ámbito laboral. En general, el criterio seguido por nuestros tribunales gira en torno a la existencia o no de la participación en la producción de quien presta sus servicios. Si predomina la utilidad del empresario, la relación es laboral; si el interés de la formación del becario domina se trata de una relación de beca y no laboral. En definitiva, los tribunales tratan de deslindar la actividad formadora del becario de la prestación de servicios, estableciendo como eje de la solución la del interés predominante. La nota diferenciadora entre la laboralidad o extralaboralidad de la relación entre la entidad becante y el becario es el carácter formativo de la misma. La finalidad básica no es tanto la consecución de una utilidad o beneficio para quien, de tratarse de una relación laboral, pudiera considerarse como empresario sino el incremento de la capacitación práctica, técnica o teórica del becario. Comoquiera que en los dos supuestos que se analizan no ha quedado demostrado que ésta haya sido la prioridad para la empresa sino la contraria, esto es, obtener un beneficio directo de los resultados del trabajo del becario, el TSJ de Madrid se posiciona en la línea de anteriores pronunciamientos dictados por el TS (SSTS de 13 junio de 1988 y 13 de abril de 1989) calificando como laboral una relación que formalmente se presenta como ajena al orden social.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Trabajador por cuenta ajena

a) Familiares

– STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 2003, I.L. J 1610 (recurso de suplicación 88/2002).

II. Trabajador

1. A través de la presente resolución se resuelve el recurso de suplicación planteado por Dña. M^a Esther contra la sentencia de instancia, por la que se desestimaba su demanda presentada contra el INEM en materia de prestación por desempleo. Entre los hechos determinantes de la decisión del juzgado de lo social, se encuentra la contratación de la demandante a través de contrato de trabajo indefinido en el despacho profesional de su esposo, concurriendo la circunstancia de que dicho centro de trabajo quedaba ubicado en el domicilio conyugal. Asimismo, se destaca que el régimen económico matrimonial de la pareja es de gananciales, existiendo convivencia en el mismo domicilio familiar. Por otro lado, consta como hecho probado que los datos sobre el inicio de la contratación fueron puestos en conocimiento de la administración de Seguridad Social, así como la relación de parentesco que unía a las partes de la nueva relación de prestación de servicios. Dicha relación se extinguió por despido reconocido como improcedente por el empleador, a lo que siguió la solicitud por parte de la demandante de la prestación por desempleo ante el INEM, solicitud que fue denegada.

2. La solución alcanzada por el Tribunal Superior de Justicia resulta ser el reconocimiento de la naturaleza laboral del contrato y con ello del derecho de la recurrente a las prestaciones por desempleo solicitadas. En este sentido, parece haber sido determinante la revisión e incorporación de algunos hechos probados. Así, valora favorablemente el órgano judicial el hecho de que el empresario, y marido de la demandante, hubiera puesto en conocimiento de la administración la circunstancia de su parentesco con la trabajadora contratada, a pesar de lo cual, la Tesorería no emitió informe alguno en contrario. De otra parte, se admiten como hechos probados la percepción por la actora de un salario mensual, y la práctica de las retenciones e ingresos a cuenta de rendimientos del trabajo a favor de Hacienda, así como la formulación de las correspondientes declaraciones de IRPF por la trabajadora. Tomando en cuenta estos datos, y asumiendo que la presunción de no laboralidad de las relaciones familiares, contenida en el artículo 1.3.e) ET, lo es *iuris tantum*, se argumenta que tal presunción ha sido desvirtuada por la existencia de nóminas, alta en la Seguridad Social, efectiva prestación de trabajo y existencia de declaraciones de IRPF.

3. En esta ocasión, el órgano judicial ha entendido que la parte recurrente ha demostrado su condición de trabajador por cuenta ajena, así como la obtención de una remuneración en contraprestación a su trabajo, a través de la presentación de las correspondientes nóminas, y declaraciones ordinarias de IRPF. De esta manera, se concluye que la presunción *iuris tantum*, contenida en el artículo 1.3.e) ET queda puesta en entredicho, y se sobrepone a la presencia de datos que en otras ocasiones han determinado la exclusión de la laboralidad, tales como la existencia de un régimen económico matrimonial de gananciales, y la propia convivencia de los parientes en el mismo domicilio, indicios que presuponían el advenimiento de los ingresos de la parte contratada al patrimonio común familiar. Sin embargo, no se ha destacado un elemento que, desde mi punto de vista, resulta de interés, como es el hecho de que las circunstancias de la nueva relación de prestación de servicios hayan sido puestas en conocimiento de la administración, sin que ésta haya actuado en consecuencia, admitiendo por un lado, la Tesorería General, las cotizaciones correspondientes, y por otro, Hacienda, las retenciones e ingresos a cuenta. Ello podría ser considerado un indicio de su tolerancia respecto de estas situaciones. En mi opinión, es admisible la denegación de prestaciones en casos similares cuando existan indicios de fraude en la

contratación, concurrentes con la no destrucción de la repetida presunción *iuris tantum* por los particulares. Sin embargo, no lo es tanto que la propia administración tolere estas situaciones en el momento de cotización, y no actúe en consecuencia en el momento de concesión de prestaciones económicas. ¿Podría exigir el particular una responsabilidad por parte del Estado ante este funcionamiento indebido de la administración, que en cualquier caso le produce un perjuicio económico? Personalmente, entiendo que en todo caso se debe proceder a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas. Respecto a la posible responsabilidad del Estado habría que estar a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y argumentar el cumplimiento de todos los requisitos allí expuestos para concluir dicha responsabilidad.

b) Extranjeros

– STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de marzo de 2003, I.L. 1582 (recurso de suplicación 1429/2002).

1. La sentencia, en su parte dedicada a los hechos, tiene por probado que el actor, un rumano sin permiso de residencia ni de trabajo, prestó servicios como peón de albañil tras la celebración de contrato verbal, para una comunidad de bienes, durante un período no superior a seis meses, prestando los servicios en las obras de un hostel de propiedad de un tercero. La empresa niega la existencia de relación laboral.

2. La sentencia, en sus fundamentos jurídicos, se cuestiona la validez del contrato de trabajo, al haberse constituido contra lo dispuesto en la ley existiendo una jurisprudencia consolidada en sentido favorable a la nulidad; pero contrasta esa interpretación tradicional con la que puede prestarse al nuevo artículo 36.3 de la Ley de Extranjería. Argumentó la sentencia, a este respecto, que:

“(…) el tema no es de fácil disquisición, debido entre otras cosas a una redacción algo compleja del precepto actualmente vigente (...) pero, sin duda alguna, la existencia de una nueva ordenación normativa debe de entenderse que comporta inexcusablemente una reorientación de la anterior interpretación (...) Parece más ajustada a la esencialidad de la realidad de las relaciones existentes a las exigencias generales de la contratación que derivan del artículo 1261 del Código Civil, y al principio de no primar a quien se beneficia de la relación de trabajo irregular, eliminándole en su favor buena parte de las consecuencias jurídicas gravosas para el mismo de una relación de trabajo, que vendrían derivadas de su conceptualización como de laboral. Y terminando así con una cierta hipocresía conceptual, favorable a la parte incumplidora y que, además, es teóricamente la dominante de la relación. Así se ha establecido a nivel de doctrina científica por parte de algunos destacados especialistas, así como también por alguna decisión de suplicación, como la importante STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002. Debiendo considerarse en definitiva que la carencia de la pertinente autorización, que está obligado a conseguir el empleador (...) no invalida el contrato de trabajo existente respecto a los derechos del trabajador extranjero (...) Lo que comporta que ya no cabe tenerlo por nulo, haciendo así coincidir

II. Trabajador

plenamente la realidad y el concepto jurídico (...) Relación laboral acogida a la regulación normal, que debe presumirse existente (...) si concurren las exigencias del Estatuto de los Trabajadores (...)”

3. El fallo de la sentencia, coherente con su fundamentación jurídica, es irreprochable desde el punto de vista jurídico y, afortunadamente, interpreta un precepto legal de no fácil interpretación en el sentido más favorable al derecho de los trabajadores extranjeros en situación irregular, aunque sin forzar los términos del artículo 36.3 que, en efecto, puede ser entendido así cómodamente. No entra la sentencia –no tenía por qué hacerlo, desde luego– en una cuestión que sería tan interesante, si no más, que la resuelta, cual es la de decidir los efectos de un contrato de trabajo semejante sobre los derechos del empresario, porque en verdad el artículo 36.3 construye una figura jurídica excepcional, cual la del contrato unilateralmente nulo, nulo para los derechos del empresario, cuyos derechos frente al trabajador no serían protegidos, lo que en verdad crea problemas prácticos irresolubles en los cuales no debe entrarse en este comentario.

Quiere ello decir, en definitiva, que el derecho español no maneja un concepto distinto de “trabajador extranjero” y de “trabajador nacional” ni a efectos laborales ni a efectos de Seguridad Social. Por tanto, atendiendo al nombre, es trabajador (sea nacional o sea extranjero) quien cumple las exigencias sustantivas del artículo 1.1 ET. Mientras que atendiendo al adjetivo es extranjero quien está privado de la nacionalidad española, lo que no supone diferencia alguna en cuanto a la observancia o inobservancia de aquellos presupuestos, bien que la “regularidad” del trabajo requiera la obtención de unos permisos y/o autorizaciones que no se le exigen al trabajador nacional. Pero en el derecho vigente, la ausencia de estos permisos y/o autorizaciones no repercute siquiera en la pérdida de los derechos laborales y de Seguridad Social ni, mucho menos, en la alteración del concepto general de trabajador.

B) Inclusiones por asimilación

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas

– STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 31 de marzo de 2003, I.L. J 1726 (recurso de suplicación 359/2003).

1. En esta ocasión, se resuelve el recurso de suplicación presentado por el INEM contra la sentencia de instancia, que reconocía el derecho de tres socios trabajadores de una Sociedad Cooperativa “Laboral” a percibir sus respectivas prestaciones por desempleo. Entre los hechos probados se destaca que la Sociedad Cooperativa, a través de acta de la Asamblea, acuerda la notificación a todos los trabajadores a su cargo –incluidos sus socios trabajadores– de la extinción de sus respectivas relaciones de prestación de servicios, alegando como causa el cierre de la entidad. Esta decisión fue comunicada a la autoridad laboral correspondiente, que en momento oportuno resolvió la declaración en situación legal de desempleo de los socios trabajadores de la Sociedad Cooperativa. Apoyándose en esta resolución de la autoridad laboral, los socios trabajadores procedieron a solicitar la prestación contributiva por desempleo ante el INEM, que desestimó su pretensión.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León admite el recurso de suplicación presentado por el INEM, si bien procede a confirmar la solución alcanzada por la sentencia de instancia. Así, aborda el espinoso tema del encuadramiento de los socios trabajadores de cooperativas en el sistema de Seguridad Social, partiendo de la naturaleza societaria del vínculo que une a éstos con la entidad cooperativa. Para resolver esta cuestión, el Tribunal recurre al RD 1043/1985, que extiende la protección por desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado (que no sociedades cooperativas laborales) en los supuestos de cese definitivo de la actividad de la empresa por causa económica, tecnológica o de fuerza mayor confirmada y declarada por la autoridad laboral conforme a un procedimiento específico. Es desde la fecha en que se dicta la resolución correspondiente por la autoridad laboral competente desde la que se abre el plazo de 15 días para solicitar la prestación. Todos estos requisitos se cumplen en el supuesto de hecho enjuiciado, por lo que se confirma el reconocimiento del derecho a las prestaciones por desempleo de los tres socios trabajadores cuya relación se ha extinguido.

3. Tres cuestiones han de ser tratadas en relación con esta resolución. En primer lugar, la denominación otorgada a la entidad societaria cuyo cierre da lugar al conflicto. Se insiste, tanto en la decisión de instancia como en la del Tribunal Superior de Justicia, en denominarla Sociedad Cooperativa Laboral, cuando dicha categoría no está contemplada ni en el artículo 98 de la Ley 4/2002, de 11 de abril, de Sociedades Cooperativas de Castilla y León, que se refiere a las Cooperativas de Trabajadores, y Cooperativas de Trabajo; ni en el artículo 6 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas de aplicación estatal, que las denomina Sociedades Cooperativas de Trabajo Asociado. Es importante utilizar los términos precisos para no inducir a confusión con las Sociedades Laborales, cuyos socios trabajadores poseen un régimen bien diferente al de los socios trabajadores de estas entidades cooperativas. En segundo lugar, es destacable la ausencia de carta de despido como vía de extinción de la relación de los socios trabajadores afectados, siendo sustituida en primera instancia por un acuerdo de la Asamblea, órgano soberano de la sociedad cooperativa, y posteriormente por la resolución correspondiente de la autoridad laboral. Como tercera y última cuestión, es necesario recordar que, conforme al artículo 7.1 LGSS, los socios trabajadores se hallan incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma, y, de acuerdo con la DA Cuarta LGSS, la forma en que se les aplique la misma a los socios trabajadores depende de la declaración expresa en los Estatutos por la que se incluyan en el RGSS o en el Régimen Especial que les corresponda, o en el RETA. A partir del ejercicio de esta opción, y por el cumplimiento de las normas de cotización correspondientes, tendrán derecho a todas las prestaciones económicas en ellos previstas. Así, si en su momento se eligió su encuadramiento en el RGSS tendrán derecho a la prestación por desempleo, protección confirmada por lo expresado en el citado RD 1043/1985.

– STSJ de Castilla y León (Burgos) de 14 de julio de 2003, I.L. J 2050 (recurso de suplicación 625/2003).

1. Se recurre en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social correspondiente, por la que se declaraba la incompetencia del orden jurisdiccional social para resolver la demanda

II. Trabajador

presentada por D. Carlos. Dicha demanda solicitaba la declaración de improcedencia del despido notificado por la demandada “Castilla Alquile un Coche, SA” en base a una serie de incumplimientos por parte del demandante, reconducibles todos ellos a un supuesto de “abuso de confianza”. Como hechos probados tomados en consideración por el Juez de instancia para alcanzar su solución, se recogen, en primer lugar, la alegación por parte del actor de existencia de relación laboral de alta dirección desde la constitución de la entidad demandada. Seguidamente se adjunta parte del texto de la carta mediante la que la empresa comunicó al demandante la extinción de su relación por motivos disciplinarios, reduciendo su relación con la demandada a la de simple accionista, y pocos datos más relativos a las nóminas presentadas por el demandante, etc.

2. Ante el recurso de suplicación presentado por el demandante, el TSJ de Castilla y León entra a resolver valorando en su totalidad la prueba practicada, ya que, al plantearse la cuestión de incompetencia del orden social, la Sala ante la que se recurre no se halla limitada por la relación de hechos probados practicada en la resolución de instancia. De esta manera, se amplía el abanico fáctico en consideración con el fin de resolver la competencia o no del orden jurisdiccional social. Así, se destaca el hecho de que el actor es uno de los socios fundadores y accionista minoritario de la entidad demandada; durante un tiempo fue administrador mancomunado de la misma, dándose la circunstancia de que dicho cargo no era retribuido y además supuso la reducción de su participación en el capital social. Paralelamente, el actor percibía una retribución mensual, y estuvo afiliado en el RGSS hasta la fecha en que asumió el cargo de administrador en que se incorporó al RETA. Ante estos hechos, los miembros de la Sala examinan la concurrencia de dependencia y ajenidad en la relación que unía a D. Carlos con su empresa, ya que son los elementos determinantes de la laboralidad de la misma. Concluye finalmente que el actor es un socio minoritario y administrador mancomunado pero con poderes muy limitados, que además tenía un horario de trabajo regular, y gozaba de vacaciones, percibiendo un salario mensual, por lo que se estima la naturaleza laboral de la relación y con ello la competencia del orden social para entrar a conocer de la improcedencia del despido.

3. Una afirmación del TSJ llama nuestra atención: “Mantener que, una sociedad mercantil constituida sólo por trabajadores (...) únicamente puede dar cobertura a relaciones jurídicas mercantiles y no laborales, ignorando la existencia de trabajadores que puedan asumir la doble función, es desconocer la realidad de las cosas”. Efectivamente, sería dar la espalda a una realidad, cada vez más habitual en nuestro entorno, de constitución de pequeñas sociedades de capital por socios que aportan un porcentaje de capital mínimo necesario para su constitución, siendo su fin último la creación de una infraestructura en la que gestionar su propia prestación de trabajo. Se trata de la figura del socio y trabajador, figura que ya aparece en fórmulas societarias específicas como las sociedades laborales, pero cuya esencia no desaparece ante tipos societarios distintos como la SA, en las que, *de facto*, concurren las mismas circunstancias. Se trata de una figura en la que conviven las dos relaciones –la laboral y la societaria–, sin que ninguna de ellas pierda identidad por su coexistencia.

c) Personal civil no funcionario al servicio del Estado

– STS de 10 de noviembre de 2003, I.L. J 1981 (recurso de casación para la unificación de doctrina 395/2002).

1. La actora presta servicios como Canciller en el Consulado de España en Berna, a consecuencia de contrato de trabajo autorizado por el Director General del Servicio Exterior. Solicita que se le aplique el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, lo que le fue denegado en la instancia, pero reconocido en suplicación.

2. Dice la STS de 10 de noviembre de 2003 que se ha de aplicar la norma española, con base en los artículos 10.6 CC y 1.4 ET que cita el recurrente, afectados por el Convenio de Roma de 19-6-1980, vigente en España desde 1 de septiembre de 1993, que da preferencia a la norma elegida por las partes si así se hubiera pactado expresamente o resultara de las normas del caso, como ocurre en el presente supuesto en que siempre se rigieron por la ley española. Ahora bien, se tiene en cuenta que, según el artículo 1.4.1 del Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, se excluye de su regulación al personal laboral contratado en el exterior. Esta afirmación se puede interpretar de varios modos, pero no se puede tener en cuenta y aplicar una interpretación literalista del referido Convenio Colectivo Único, pues es absurdo que se acepte su aplicación o se rechace en función de haberse firmado el contrato por el empleado en el Ministerio o en la oficina extranjera, o que un contrato concertado para trabajar en el propio Ministerio en Madrid u otra población española, no se rigiera por dicho Convenio Colectivo Único por el hecho de que se hubiera suscrito el contrato en una legación española en el extranjero. Desde la STS de 14 de mayo de 2003 se ha afirmado que la exclusión del artículo 1.4.1 del Convenio Colectivo Único es aplicable al personal contratado para trabajar en el exterior. La consecuencia es que se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina, se desestima el de suplicación y se mantiene la desestimación de la demanda de la parte actora.

3. En el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, se dice que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad bien sea en virtud de una elección anterior según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectará a los derechos de terceros (artículo 3). La STS que se resume lo que hace es interpretar de un cierto modo el Convenio Único y estimar que esa interpretación vale y, además, se aplica como querida por las partes contratantes. En realidad parece que no es el Convenio de Roma, eficaz

II. Trabajador

desde 1993, el que se viene a aplicar, sino el ET de 1995, en su artículo 82.3 y al aplicarlo se le interpreta, aunque sea en cierto modo colisionante con alguna de sus posibles interpretaciones literales.

– **STS de 5 de noviembre de 2003**, I.L. J 1982 (recurso de casación para la unificación de doctrina 4621/2002).

1. La demandante fue contratada en Madrid por un Ministerio, para trabajar en el extranjero, y en su contrato de trabajo se dice que se encuentra fuera del Convenio Colectivo de ese Ministerio y su personal laboral.

2. Dice el TS que por el mero hecho de que a los trabajadores se les contrate en España, no les es aplicable la legislación española, ni en concreto, el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, pues según el artículo 1.4.1 –quien queda excluido de este Convenio es el personal contratado en el exterior. Se parte de que la cláusula pactada en el contrato de trabajo de “sin convenio” es ineficaz para excluir a un trabajador del ámbito de un convenio colectivo aplicable en la unidad empresarial, y es irrelevante, según SSTs de 14 de mayo de 2003, 25 de junio de 2003 y otras, el lugar de la celebración del contrato en orden a la aplicación del convenio. El artículo 1.4.6 Convenio Único tiene como efecto excluir de su ámbito de aplicación al personal contratado para trabajar en el exterior. Si el artículo 1.4.1 excluye del Convenio Colectivo Único al personal contratado en el exterior, que es el personal contratado para prestar servicios en el exterior, se ha de concluir que tal trabajador entra dentro del “personal cuya relación” tendrá que formalizarse expresamente fuera de convenio. Y éste es el supuesto –se dice– que se contempla en el artículo 1.4.6 del citado Convenio Único, que viene a permitir que sea eficaz la cláusula contractual y a la exclusión que el propio convenio realiza en el artículo 1.4.1, sin el que sería imposible un pacto de exclusión del convenio, salvo por la vía de la mejora de condiciones convencionales.

3. Se trata de un tema que ha sido debatido sobradamente en la jurisprudencia, en la que se ha cambiado de criterio, como se aprecia en las SSTs de 19 de febrero de 2003 y 18 de marzo de 2003, que se citan en la propia sentencia que se resume, pero se pueden hacer dos observaciones al respecto: La primera es que el resultado al que llega la STS de 5 de noviembre de 2003 no es de que se aplique la exclusión del Convenio Colectivo que se contiene en el contrato de trabajo por la validez de éste a causa de un reenvío, sino que la solución a la que se llega es coincidente con la que se contiene en dicho contrato de trabajo, pero por razones distintas a la de la simple operatividad de éste. La segunda es que tiene poca aceptabilidad, si es que se puede decir que tiene alguna, la afirmación incidental expresiva de que se podría excluir a algún trabajador de la aplicación de un convenio colectivo a través de la mejora de condiciones. En realidad no cambia la línea argumental de la sentencia, pero se debe decir que si se mejoran las condiciones de trabajo a un trabajador, respecto de las que le corresponden por el convenio colectivo, se está aplicando éste y, además, el suplemento contractual.

El tema es relevante, desde la perspectiva general, porque no se puede aligerar el contenido del artículo 82.3 ET por una decisión de la autonomía individual. Y también es relevante

por ser distintos los cauces de modificación de las condiciones en uno y otro caso, y posible la renuncia individual en el supuesto de que se trate de condiciones contractuales.

– STS de 11 de noviembre de 2003, I.L. J 1993 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3893/2002).

1. Se trata de un trabajador contratado como auxiliar administrativo por la Embajada de España en Washington, contratación que luego fue aprobada por el Ministerio de Asuntos Exteriores y que solicitó que se le aplicase el Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado.

2. Se estima que aunque el contrato se haya celebrado en Madrid, en la sede del Ministerio contratante, a partir de las SSTS de 12 de mayo de 2003, 25 de junio de 2003 y otras, se ha de interpretar el artículo 1.4 del citado Convenio en el sentido de decir que la exclusión del mismo Convenio Colectivo procede para todo el personal del servicio exterior con independencia del lugar de su contratación. Ello se obtiene por varias razones: Una es que no se puede llegar con la interpretación al absurdo de que se haga depender del lugar de la celebración del contrato para decidir la norma a aplicar entre las varias personas que trabajan fuera de España, o que lo hacen dentro, en identidad de las demás condiciones. Otra es que se aprecia una tradición en los Convenios Colectivos del tiempo en la línea expresada. Otra más es que se ha de constatar la intención de las partes negociadoras a través de varios acuerdos con cuatro Centrales Sindicales para la negociación de las condiciones laborales del personal del Servicio exterior y que en ellas lo relevante es el lugar de la prestación de los servicios.

3. La consecuencia a la que ha llegado la Sala, rectificando la doctrina anterior expresada entre otras en las SSTS de 19 de febrero de 2003 y 18 de marzo de 2003, constituye una interpretación, desde luego razonable, pero no conforme con el tenor literal del artículo 1.4 del citado Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado de 16 de noviembre de 1998, pues en él se dice que quedan excluidos del mismo: “1º El personal laboral contratado en el exterior”. Se puede estimar que la conclusión literal es absurda, por sí sola, o que en otros acuerdos para negociar, o sea acuerdos-marco, se ha llegado a solución distinta o, que en otros convenios colectivos se dice otra cosa, pero la interpretación a la que se llega en ésta y en otras sentencias es correctora de la literalidad del Convenio, por el efecto perturbador y segregador de la aplicación o inaplicación del Convenio, debida a causa irrelevante.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ
JESÚS GONZÁLEZ VELASCO
MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE
LOURDES LÓPEZ CUMBRE
ANA DE LA PUEBLA PINILLA
BORJA SUÁREZ CORUJO (coord.)
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Grupo de empresas.** A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia. **3. Contratas.** A) Requisitos y diferencias con la cesión ilegal. **4. Cesión ilegal.** A) Requisitos y diferencias con la contrata. B) Consecuencias de la existencia de cesión ilegal en las Administraciones Públicas. **5. Sucesión de empresas.** A) Concepto de transmisión. B) Mantenimiento del Convenio colectivo de la empresa cedente. C) Sucesión de Convenios colectivos. D) Consentimiento del trabajador en supuestos de subrogación contractual.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de 2003 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1548 a J 2186) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresas, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. GRUPO DE EMPRESAS**A) Responsabilidad solidaria: criterios para determinar su existencia**

La condena solidaria de varias empresas al cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de una determinada relación laboral implica que, a tales efectos, todas ellas serán consideradas empleadoras frente al trabajador que reclama el cumplimiento de aquellas

obligaciones. Dicha posibilidad deriva directamente de la aplicación del art. 1.2 ET, en el que la condición de empresario se hace depender de la efectiva recepción de la prestación de servicios realizada por un trabajador, siempre que en dicha relación contractual concurren las clásicas notas definitorias que, para la delimitación del ámbito de aplicación del ET, exige el art. 1.1. Frente a la generalización de los grupos de empresas, la voluntad del legislador es mantener la vinculación contractual del trabajador a la empresa de referencia, mostrando un escrupuloso respeto por los límites de la persona jurídica contratante; sólo cuando materialmente la prestación de trabajo vincule al trabajador con el grupo de empresas, podrá predicarse de este último la condición de empleador.

Por su parte, nuestra jurisprudencia adopta una posición algo más restrictiva: la condición de empleador del grupo de empresas únicamente será reconocida cuando pueda demostrarse una voluntad fraudulenta que, mediante la articulación de empresas ficticias, pretenda eludir o aminorar la responsabilidad del verdadero empleador. En concreto y siguiendo una asentada línea jurisprudencial, las **SSTSJ de Madrid de 13 de mayo y 10 de junio de 2003**, I.L. J 1642 y J 1680, limitan la posibilidad de condenar solidariamente a distintas personas físicas y/o jurídicas, a resultas de obligaciones derivadas de una relación laboral a cuatro supuestos:

“a) Aquel en el que se constituye un grupo de empresas para llevar a cabo el ocultamiento del patrimonio en fraude del derecho de sus acreedores, determinando una insolvencia aparente en alguna de las empresas, que realmente no existe por haber concentrado el patrimonio en otra u otras de las del grupo.

b) Aquel otro en el que la empresa se crea lícitamente, pero se confunde en su dirección, administración y patrimonio común e indiferenciado con la persona de su propietario, lo que ocasiona su funcionamiento de hecho como si se tratara de una empresa personal, al que ha de equiparse el supuesto en el que existe un grupo de empresas igualmente con una dirección, administración y patrimonio común e indiferenciado, que en definitiva constituye una sola empresa con varias personalidades jurídicas.

c) Aquel en el que no existe actuación fraudulenta ni confusión empresarial, sino que se constituye un grupo o asociación de empresas lícitamente, estando perfectamente diferenciados sus patrimonios, pero prestando servicios los trabajadores indistintamente para empresas y/o personas físicas que actúan a su vez como empresarios.

d) Los supuestos de responsabilidad que dimanen ex Disposición Transitoria de la Ley de Sociedades Anónimas de responsabilidad de los Administradores por la falta de aumento en el capital social o de conversión en Sociedad Limitada, antes del 3 de junio de 1992.”

El supuesto previsto en la letra c) del relato judicial sirve para resolver la cuestión litigiosa en ambos casos, en los que se considera probado que el trabajador prestó servicios de manera indiferenciada, simultánea o sucesivamente, para las empresas demandadas, quienes por ello pasaron a ser receptoras de la prestación de trabajo y, por aplicación del art.

III. Empresario

1.2 ET, empleadoras y solidarias responsables de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

En sentido contrario, no se ha de extender a todas las empresas del grupo la responsabilidad por las obligaciones de una de ellas, cuando únicamente pueda ponerse de manifiesto la dirección unitaria de tales entidades (STSJ de Baleares de 21 de febrero de 2003, I.L. J 1840), o cuando únicamente pueda acreditarse la contratación sucesiva de un trabajador por diferentes sociedades pertenecientes al grupo, circunstancia que por sí sola no constituye confusión de plantillas [STSJ de Canarias (Las Palmas) de 25 de marzo de 2003, I.L. J 1855].

3. CONTRATAS

A) Requisitos y diferencias con la cesión ilegal

La posibilidad de realizar directamente, mediante trabajadores bajo régimen laboral, una concreta actividad empresarial o, por el contrario, optar por un sistema de contratación, civil o mercantil, con terceros de la ejecución de una parte de dicha actividad forma parte de la libertad de empresa, reconocida por el art. 38 CE. Con matices, dicha posibilidad queda también abierta a las Administraciones Públicas en su actividad de prestación de servicios a los ciudadanos. En la actualidad, dichos mecanismos de contratación constituyen un instrumento extremadamente útil que dota al sistema de relaciones laborales de un mayor grado de flexibilidad y dinamismo. Frente a dicho fenómeno, el ordenamiento jurídico laboral tutela los intereses de los trabajadores ante usos abusivos de los mecanismos de descentralización productiva cuando tengan por objeto eludir las garantías legales y convencionales en perjuicio de aquéllos, particularmente cuando bajo la contratación de la realización de una obra o servicio determinado se oculta el suministro ilegal de mano de obra. En ocasiones, especialmente cuando la empresa contratista es una empresa real, cuenta con organización e infraestructura propia y la prestación de servicios debe realizarse en la empresa principal, diferenciar entre ambos supuestos puede resultar complejo, circunstancia que convierte el fenómeno de la subcontratación en escenario de frecuentes resoluciones judiciales. A efectos distintivos, nuestra jurisprudencia considera irrelevante que la actividad objeto de contratación sea permanente o temporal, inherentes al ciclo productivo o no, complementaria aunque imprescindible o meramente accesorias, pues lo que caracteriza toda externalización de servicios es el papel que ambas empresas, contratista y auxiliar, desempeñan en la materialización del servicio u obra objeto de contratación, circunstancia que se convierte en elemento clave de calificación. En este sentido, la empresa principal debe limitar su actuación al control de la actividad de la empresa auxiliar y a la recepción del resultado de lo ejecutado por el contratista; por su parte, a este último le corresponde responsabilizarse de la realización y entrega correcta de los bienes o servicios, aportando medios de orden personal y material, y manteniendo a sus trabajadores dentro del ámbito de su poder de dirección.

En aplicación de lo anteriormente expuesto, cuando la “empresa contratista ha puesto en juego su organización e infraestructura empresarial, actuando como un verdadero em-

presario desplegando el poder de dirección y organización” (STS de 26 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2119), no cabe más que manifestar la licitud del comportamiento empresarial y aplicar el régimen jurídico de responsabilidad previsto en el art. 42 ET. Por el contrario, la ausencia de alguno de estos criterios, de valor orientador o indicativo, permite rechazar la legitimidad de la contrata, declarando ilícito el tráfico de trabajadores por ausencia de “autonomía técnica de la contrata”, cuando la “parte más importante del poder de dirección la ostenta no la empresa que aparece como contratista sino la principal” (SSTSJ de Madrid de 5 y 26 de mayo de 2003, I.L. J 1650 y J 1652), cuando el escaso número de trabajadores objeto de cesión dificulte “que pueda hablarse de puesta a disposición de una verdadera organización empresarial” y hubieren sido “formados e informados por el personal de la compañía principal, recibiendo las órdenes de trabajo de los mandos y jefes de esta última” (STS de 20 de septiembre de 2003, u.d., I.L. J 1966), cuando, en servicios de telemarketing, el arrendador del servicio utiliza los locales e instrumentos de trabajo de la empresa que contrata el servicio no resultando “decisivo el que la contratista retenga algunas facultades empresariales (las de carácter disciplinario, la ordenación de las vacaciones o el control de “acceso salida” del personal” (STS de 16 de junio de 2003, u.d., I.L. J 1828), o cuando los trabajadores de la empresa auxiliar prestan sus servicios en la empresa principal “mezclados con los propios trabajadores al servicio de la misma y bajo la dirección de esta última, sin la presencia actualizada de aquella empresa que los contrató” (STS de 11 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2063).

4. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos y diferencias con la contrata

Véase apartado 3.A).

B) Consecuencias de la existencia de cesión ilegal en las Administraciones Públicas

Confirmando la línea jurisprudencial anterior, las SSTS de 11 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2056 y J 2063, manifiestan la “prevalencia de las normas constitucionales y administrativas sobre las laborales o, lo que es más exacto, la adecuación interpretativa de lo previsto en aquéllas a las exigencias establecidas en estas últimas”, cuando por aplicación de las normas relativas a la cesión ilegal de trabajadores se impone la determinación de la naturaleza de la relación que vincula a un trabajador con una Administración Pública. En otras palabras, cuando el ingreso del trabajador se produce por una vía distinta a la constitucionalmente prevista (igualdad, mérito y capacidad), situación en la que se encuentra el sujeto pasivo de una cesión ilegal, no adquiere la condición de fijo en plantilla, sino la de trabajador por tiempo indefinido.

5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Concepto de transmisión

La STJCE de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 1901, aborda la interpretación del art. 1.1 de la Directiva 77/187/CEE, actualmente art. 1.1.a) Directiva 2001/23/CE. En concreto, en esta ocasión se trata de dilucidar si la norma comunitaria es aplicable en un supuesto de modificación de la titularidad de una contrata para la gestión completa del servicio de restauración colectiva de un hospital, cuando el nuevo contratista haga uso de importantes medios materiales utilizados por el anterior, ahora puestos a disposición del primero por la empresa contratante. Partiendo de que el objeto principal de la Directiva es garantizar la continuidad de los contratos preexistentes, y teniendo en cuenta que debe constatar el mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida, entendida ésta como conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, se reitera que, en sectores caracterizados por un uso intensivo de la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce una determinada actividad de forma duradera puede llegar a constituir una entidad económica, en el sentido de la Directiva. En tales supuestos, si el nuevo empresario, además de continuar con la actividad, se hace cargo de una parte esencial, en términos cuantitativos y cualitativos, del personal que anteriormente realizaba la actividad objeto de litigio puede entenderse que ésta mantiene su identidad.

A mayor abundamiento, el Tribunal estima que, para la determinación de la concurrencia de los requisitos exigidos para la aplicación de la norma comunitaria, es preciso tener en cuenta todas las circunstancias que rodean la transmisión; en concreto, se enumeran, a título ejemplificativo, las siguientes:

“el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades” (STJCE de 20 de noviembre de 2003, I.L. J 1901).

Por último, se afirma que la aplicación de la Directiva tampoco puede ponerse en duda por la inexistencia de relación contractual entre las empresas contratistas. La norma comunitaria ha de aplicarse siempre que se produzca una novación subjetiva en la persona del empresario y, ello, aunque no existan relaciones contractuales directas entre cedente y cesionario, e incluso cuando no se haya transmitido la propiedad de los bienes materiales cedidos por ser propiedad del contratante.

A la luz de dicha jurisprudencia, supuestos como el resuelto en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de marzo de 2003, I.L. J 1729, en el que la decisión sobre la posibilidad de subrogación entre los sucesivos adjudicatarios de una contrata de restauración colectiva en centros universitarios se fundamenta en lo dispuesto en el convenio

colectivo aplicable, quizás debieran ser objeto de revisión. En línea con la jurisprudencia comunitaria comentada, se pronuncia la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de abril de 2003, I.L. J 1880, que impone la subrogación en la posición del empresario y reconoce la existencia de sucesión de empresa a la finalización de una contrata de limpieza en la que, en ausencia de elementos patrimoniales, la nueva contrata asume a la mayoría de la plantilla; en concreto, se argumenta:

“porque habiendo quedado acreditado que se ha transmitido una entidad económica o conjunto organizado, integrado por la mayoría o totalidad de la plantilla que venía haciendo las mismas tareas en la empresa saliente de la contrata (de cuatro trabajadoras que desempeñaban las labores de limpieza de las instalaciones de la Piscina Municipal para la empresa saliente de la contrata, Lux Canarias, SA, tres pasan a la empresa que rescata la contrata, Sociedad Cooperativa LENAF, por subrogación, hemos de llegar a la conclusión de que se ha probado la transmisión que permite aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores” [STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de abril de 2003, I.L. J 1880].

En otros supuestos, la discusión se centra en el cumplimiento de las exigencias de información previstas por el convenio colectivo que establece la obligación de subrogación; en concreto, se trata de dilucidar si la existencia de irregularidades en el proceso de transmisión de documentación entre el contratista saliente y el entrante (contratos de trabajo, recibos de salarios, pliegos de condiciones de la adjudicación, boletines de cotización y relaciones nominales de cotizantes a la Seguridad Social), que no impidan la adquisición de la información mínima requerida (adscripción de la trabajadora al centro de trabajo, antigüedad, salarios, jornada de trabajo, situación al corriente en Seguridad Social, etc.), condiciona la efectiva cesión de los contratos de trabajo prevista en la norma convencional.

“De acuerdo con la doctrina ya unificada en dicha sentencia la subrogación puede operar, incluso cuando no está totalmente completa, siempre que no se trate de falta de documentación imprescindible para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para justificar que se han atendido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social” [STS de 28 de julio de 2003, u.d., I.L. J 1702].

B) Mantenimiento del Convenio colectivo de la empresa cedente

La STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2003, I.L. J 1624, aborda el problema de determinar el marco convencional por el que se rigen las relaciones de trabajo de quienes fueron objeto de una cesión por pertenecer a una empresa afectada por un proceso de absorción. En concreto, la discrepancia radica en conocer si corresponde aplicar el Convenio colectivo provincial que venía rigiendo con anterioridad o si, por el contrario, producida la transmisión los trabajadores se verán afectados por el convenio colectivo de la nueva empresa; dicho de otro modo, “si el trabajador o los trabajadores llevan el convenio colectivo vigente durante el momento de la sucesión empresarial, y los siguientes de la misma empresa –o territorio, o sector– a lo largo de su vida laboral con la empresa

III. Empresario

subrogada, hasta que se extingan los contratos de trabajo”. En el supuesto de referencia, no pudiendo ser de aplicación el nuevo apartado 4 del artículo 44 por tratarse de hechos anteriores en el tiempo, la sentencia rechaza las pretensiones de mantenimiento de las condiciones fijadas en el convenio anteriormente aplicable como condición más beneficiosa, por aplicación del artículo 41 ET, que en opinión del Tribunal otorga al empresario “un poder unilateral de modificación de las condiciones de trabajo de naturaleza contractual”. Al respecto, conviene traer a colación recientes pronunciamientos jurisprudenciales comunitarios; en concreto, la **STJCE de 6 de noviembre de 2003**, I.L. J 1899, donde se establece:

“el artículo 3 de la Directiva se opone a que el cesionario ofrezca a los trabajadores de una entidad transmitida condiciones menos favorables en materia de jubilación anticipada que las que les aplicaba el cedente y a que dichos trabajadores acepten tales condiciones aplicables a los demás empleados del cesionario en el momento de la transmisión, excepto si las condiciones más favorables aplicadas anteriormente por el cedente procedían de un convenio colectivo que ya no es jurídicamente aplicable a los trabajadores de la entidad transmitida, habida cuenta de las circunstancias especificadas en el apartado 2 de dicho artículo 3”, precepto que únicamente “obliga al empresario a mantener las condiciones laborales pactadas mediante convenio colectivo tal como se establecieron para el cedente en dicho convenio hasta la fecha de resolución o expiración del convenio colectivo o hasta la entrada en vigor o aplicación de un nuevo convenio colectivo, o incluso, si así lo ha dispuesto el Estado miembro afectado, durante un período más corto, siempre que no sea inferior a un año”.

C) Sucesión de Convenios colectivos

Tal como establece la normativa comunitaria, en supuestos de sucesión de empresas, las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de origen deberán mantenerse “hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”. Cuando dicho convenio colectivo, salvo pacto en contrario y por aplicación de lo previsto en el art. 86.3 ET, una vez vencido permanece en vigor, cabe la duda si debieran continuar rigiendo las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos o, si por el contrario, llegado el término inicial previsto en la norma convencional, las relaciones de dichos trabajadores deben quedar encuadradas, como las del resto de sus compañeros de trabajo, en el convenio colectivo aplicable en la nueva empresa. En opinión de nuestro Tribunal Supremo, “cuando la Directiva habla de aplicación de otro convenio colectivo, no se refiere al que ya estaba vigente *ex ante* la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquélla y afecte a la nueva unidad productiva, integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza si cabe, a la vista del contenido del número 4 del art. 44 ET, en la redacción dada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que alude ya expresamente al nuevo Convenio colectivo que resulte aplicable tras la transmisión” (**STS de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 1557).

Similar razonamiento permite rechazar las pretensiones de mantenimiento de las condiciones más beneficiosas previstas en el convenio colectivo de origen y la correspondiente

inaplicación de las previstas en los convenios aplicables posteriores a la fusión. Es el caso de la STSJ de Baleares de 3 de junio de 2003, I.L. J 1907.

D) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual

En anteriores ocasiones hemos hecho sucesivas referencias al problema que se plantea cuando la sucesión empresarial se produce en el marco de los acuerdos de liberalización del transporte aéreo. En tales 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, norma que permite reconocer individualmente a los trabajadores afectados por la transmisión empresarial el derecho a decidir su pase a la nueva empresa o su permanencia en la empresa originaria, consentimiento del trabajador que no podrá ser sustituido por lo dispuesto en un acuerdo colectivo. En este sentido se pronuncia la **STSJ de Baleares de 24 de febrero de 2003**, I.L. J 1830, aunque en esta oportunidad la discusión se centra en la forma en que ha de producirse dicho consentimiento. Por una parte, en el plano temporal, se afirma que éste no ha de ser simultáneo a la comunicación de la transmisión, ni siquiera al momento en que ésta se produzca efectivamente, pudiendo ser prestado con posterioridad. Por otra parte, se admite la posibilidad de que el transcurso del tiempo junto con otros factores pueda suponer muestra tácita de la conformidad del trabajador. Por ello, cabe afirmar con la citada Sentencia cómo para la comprobación de que ha mediado consentimiento del trabajador, preciso para la subrogación contractual en estos supuestos, “habrá que acudir a las circunstancias fácticas concretas de las que se pueda derivar la existencia de este consentimiento que puede darse tanto de una forma expresa como de una forma tácita, aceptando plenamente la transmisión efectuada” [**STSJ de Baleares de 24 de febrero de 2003**, I.L. J 1830].

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

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

A) Período de prueba. B) Trabajadores extranjeros. **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) Conversión en indefinidos.

c) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y fijos**

discontinuos. A) Contrato a tiempo parcial. B) Contrato fijo discontinuo.

5. Contratación en la Administración Pública. A) Trabajadores indefinidos al servicio de la Administración. B) Condiciones laborales de los trabajadores temporales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se han analizado en la presente crónica las sentencias correspondientes a las revistas 9 a 12 de 2003. Cabría reseñar básicamente que las sentencias en materia de contratación se pronuncian sobre las cuestiones habituales, manteniendo criterios ya conocidos.

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

En relación con el período de prueba, la STSJ de Madrid de 24 de junio de 2003, I.L. J 1679, confirma la adecuación de la resolución contractual producida durante el mismo considerando 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 estrictamente personal y humano, y si estos últimos aspecto, ajenos a la estricta capacidad laboral, no son satisfactorios para alguna de las partes, son motivo suficiente para resolver el contrato”.

B) Trabajadores extranjeros

En general en materia de contratación de trabajadores extranjeros, una resolución ha de ser destacada en el período analizado. Se trata de la **STSJ de Cantabria de 10 de junio de 2003**, I.L. J 1931, que determina la nulidad del contrato por falta de permiso de residencia y trabajo, siendo éstos requisitos de derecho necesario por pertenecer al orden público y “siendo la carencia de tal requisito esencial una circunstancia que afecta a la capacidad de contratar para determinar inexcusablemente su incumplimiento la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados”.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Las sentencias a reseñar en la presente crónica en relación con esta modalidad contractual se centran fundamentalmente, por una parte, en la posibilidad de utilizar esta modalidad contractual en empresas contratistas para cubrir la contrata; y, por otra, en la celebración de este contrato cuando existe una subvención que condiciona su vigencia.

En relación con la primera cuestión, diversas sentencias 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, en primer lugar, de la **STS de 22 de octubre de 2003**, I.L. J 1820, que puntualiza, en un supuesto de sucesión de contrata, que no contraviene la anterior conclusión:

“(...) el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente con la misma finalidad. Se trata de otra contrata diferente, para cuya efectividad, la empleadora podrá o no contratar a la actora, bien por novación del contrato anterior o bien por la suscripción de uno nuevo y con efectos a partir de la fecha en que se concierte, pero sin que por Ley o convenio colectivo, venga obligada a ello”.

En segundo lugar, la **STSJ de Cantabria de 24 de junio de 2003**, I.L. J 1924, que determina que se ajusta a derecho la extinción del contrato por obra o servicio determinado cuando queda acreditada la finalización de la contrata, dado que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista. En un supuesto idéntico se pronuncia, también en este sentido, la **STSJ de Cantabria de 18 de junio de**

IV. Modalidades de Contratación

2003, I.L. J 1927. Y, finalmente, debe reseñarse la **STSJ de Castilla y León de 15 de julio de 2003**, I.L. J 2043, que viene a significar que la realización por parte del Ayuntamiento de un contrato de gestión diferente al que amparaba la contratación por obra de la trabajadora hace que se ajuste perfectamente a derecho la extinción de éste, dado que en aquél ya no se prevé la plaza que la misma ocupaba.

En relación con la segunda cuestión apuntada, resulta interesante detenerse en el análisis de varias resoluciones que llegan a conclusiones distintas en materia de adecuación de la modalidad contractual que nos ocupa cuando el contrato depende de una concreta subvención pública. Como es conocido, la doctrina jurisprudencial en la materia viene afirmando que “la dotación presupuestaria ajena, limitada en el tiempo y variable, no es un elemento decisivo y concluyente por sí mismo de la validez de un contrato temporal causal, lo decisivo es que quede acreditada la causa de la temporalidad y la singularidad de la obra o servicio determinado, ya que es posible financiar servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones” (**SSTS de 19 y 21 de marzo de 2002**).

Pues bien, respecto de este supuesto, la **STSJ de Cantabria de 28 de mayo de 2003**, I.L. J 1936, en el caso de una Consejería autonómica que subvenciona a una fundación que a su vez contrata por obra los servicios de un trabajador para cubrir un puesto de educador dentro de un programa de ejecución de medidas judiciales con menores, viene a señalar que no se ajusta a la expuesta conclusión jurisprudencial la modalidad contractual utilizada dado que ésta tiene por objeto la realización de un servicio que se corresponde con la propia actividad empresarial de carácter permanente, esto es, con el desarrollo de programas de responsabilidad penal de los menores.

Por otra parte, la **STS de 25 de noviembre de 2003**, I.L. J 2108, confirma la jurisprudencia apuntada más arriba concluyendo que “cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, esta Sala ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención. Pues es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones”.

Por el contrario, la **STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2003**, I.L. J 1941, viene a considerar que en varios supuestos de contratación bajo esta modalidad por parte de otra Consejería autonómica para cubrir un concreto acuerdo de colaboración con el Gobierno de la Comunidad, sí cabe entender adecuado el recurso al contrato por obra dado que:

“(…) no constituye su actividad habitual y principal, estando vinculada a la ayuda pública ofrecida para desarrollar alguna acción concreta. Tiene, en consecuencia autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad normal del Fondo de Promoción de Empleo”.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Respecto de esta modalidad contractual temporal, al margen de la **STS de 23 de octubre de 2003**, I.L. J 1816, de alcance procesal, deben ser destacadas tres resoluciones del TS que abordan la misma cuestión: la posibilidad de ampliación de la duración de este

contrato a través de un convenio colectivo extraestatutario. De una parte, la **STS de 20 de noviembre de 2003**, I.L. J 2015, viene a señalar en relación con la negociación colectiva de esta naturaleza que lo cierto es que “no tienen los extraestatutarios fuerza normativa con carácter de generalidad, sino simplemente obligacional entre quienes los conciertan y su representantes y los que puedan adherirse al pacto”; y, de acuerdo con ello se considera que no debe olvidarse que:

“(…) el Estatuto de los Trabajadores no alude en su articulado a los convenios colectivos de eficacia limitada o extraestatutarios, así como el carácter necesario e indisponible del derecho de los trabajadores a la estabilidad en el empleo, habrá que concluir afirmando que, en buena lógica la remisión que hace el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores a los convenios colectivos para que amplíen la duración máxima de los contratos eventuales, lo es a los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general”.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 18 de noviembre de 2003**, I.L. J 2059, que además de alcanzar la anterior conclusión, viene a negar la posibilidad de admitir que un convenio estatutario de empresa pueda remitirse al extraestatutario sectorial, asumiendo que la trabajadora eventual se ha adherido a éste a través de la remisión prevista en la norma convencional de empresa.

Finalmente, debe destacarse la **STS de 17 de noviembre de 2003**, I.L. J 2101, que llama la atención porque en el mismo supuesto la resolución no se pronuncia sobre la imposibilidad de que la ampliación de la duración del contrato se lleve a cabo por convenio extraestatutario, sino sobre la imposibilidad de que esa ampliación sea aplicable a una trabajadora no afiliada al sindicato firmante. Por tanto, parece admitir que la misma sí es aplicable a los trabajadores afiliados al mismo, y así que sí se ajusta a derecho la ampliación acordada en la norma convencional extraestatutaria.

c) El contrato de interinidad

En relación con el contrato de interinidad, las sentencias que cabe traer a colación abordan cuestiones relacionadas con las posibilidades de extinción de este contrato.

De un lado, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de marzo de 2003**, I.L. J 1579, resuelve un supuesto en que la extinción del contrato se justifica por parte de la empresa en la baja de una trabajadora distinta a la sustituida a través del contrato temporal; y viene a señalar que:

“(…) no era viable pretender, con apoyo en tal circunstancia, la terminación de la vinculación interina existente con la demandante (...), puesto que el contrato de tal naturaleza, solamente se termina cuando se reincorpora quien es objeto de la sustitución”.

De otro lado, la **STSJ de Baleares de 9 de abril de 2003**, I.L. J 1870, entra a determinar la inadecuación de la modalidad contractual que nos ocupa en un supuesto de sustitución

IV. Modalidades de Contratación

de trabajadora que no tiene reserva de puesto de trabajo, lo que a su vez conlleva la imposibilidad de entender extinguido el contrato de interinidad pactado cuando la trabajadora sustituida causa baja definitiva en la empresa:

“Si el trabajador que deja el servicio activo no tiene este derecho de reserva falta el elemento esencial que justifica contratar a otro en su lugar con el carácter de interino. (...) Caso, empero, de concertarse en tal supuesto un contrato de interinidad, la relación laboral no tiene duración temporal sino indefinida en aplicación del art. 15.3 del ET, el cual sanciona de esta suerte la celebración de contratos temporales en fraude de ley, o, lo que es igual sin la concurrencia de la causa legal de temporalidad en que pretenden ampararse (...)”

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Dos resoluciones deben destacarse en relación con las peculiaridades que en materia de condiciones de trabajo pueden presentar los contratos temporales.

Por una parte, debe reseñarse la **STS de 9 de abril de 2003**, I.L. J 1864, que resuelve en unificación de doctrina la debatida cuestión del derecho a la equiparación retributiva entre los profesores de religión y los interinos y viene a concluir, de acuerdo con las específicas normas que regulan la relación laboral de estos trabajadores, 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 ésta 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 ellos 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 recibido 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. Éstos, pese a la entrada en vigor de la Ley 50/1998, mantienen el derecho a percibir la retribución ya consolidada en anteriores contratos, es decir, en la misma cuantía que en cada momento cobren los profesores interinos”.

Por otra parte, hemos de detenernos en la **STSJ de Cantabria de 14 de mayo de 2003**, I.L. J 1948, que aborda la cuestión del cómputo de la antigüedad en supuesto de sucesión de contratos temporales reiterando la conocida jurisprudencia en relación con la necesidad de que se computen “todos los períodos de contratación sucesiva entre los que no haya habido una solución de continuidad, con independencia de los contratos que hayan amparado la prestación de servicios”, considerándose que “no existe ruptura cuando el tiempo transcurrido no excede de los veinte días hábiles”.

b) Conversión en contratos indefinidos

Ha de mencionarse en esta materia la **STSJ de Baleares de 9 de abril de 2003**, I.L. J 1870, que declara que se convierte en indefinido el contrato de interinidad concertado para sustituir a un trabajador que no tiene el derecho a reserva del puesto de trabajo que establece el art. 15.1.c) del ET, dado lo dispuesto por el art. 15.3 del ET, “el cual sanciona de esta suerte la celebración de contratos temporales en fraude de ley o, lo que es igual, sin la concurrencia de la causa legal de temporalidad en que pretenden ampararse”.

c) Tratamiento de la extinción contractual

Hay que hacer mención en materia extintiva de la **STSJ de Madrid de 23 de junio de 2003**, I.L. J 2040, que aborda la cuestión de la inadecuación de la extinción de un contrato por obra o servicio determinado alegando la finalización de la misma cuando la empresa se encuentra en proceso de liquidación:

“(…) no está operando entonces la causa consignada válidamente en el contrato, cual es la realización de la obra o servicio objeto del contrato, sino cualquiera de las previstas en los apartados i) y l) del citado precepto (art. 49), en razón a haber sobrevenido otras circunstancias, cual es la liquidación de la entidad demandada (...). Por todo ello, y al no poder operar la causa extintiva invocada por la empresa, el despido practicado debe declararse improcedente”.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS**A) Contrato a tiempo parcial**

Respecto del contrato a tiempo a parcial destaca la **STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2003**, I.L. J 1627, que resuelve el recurso presentado contra la sentencia dictada en un proceso en reclamación de derechos en el que se reconocía el derecho de un trabajador a la jubilación parcial y la correspondiente obligación de la empresa de contratar a tiempo parcial al trabajador relevista. Pues bien, la sentencia citada viene a concluir que:

“Para producirse esta novación contractual debe darse un acuerdo –consentimiento– entre partes –trabajador y empresa– ya que la empresa tiene la facultad pero nunca la obligación de contratar a otro trabajador (...). Por tanto, no tiene el demandante un derecho absoluto a lo aquí pretendido, ni la demandada obligación de reconocer ese derecho (...)”

B) Contrato fijo discontinuo

En relación con el contrato fijo discontinuo, además de la **STSJ de Baleares de 5 de mayo de 2003**, I.L. J 1888, que declara la inadecuación del procedimiento ordinario en relación con la acción por rescaramiento en caso de falta de llamamiento del trabajador fijo

IV. Modalidades de Contratación

discontinuo, dado que se ejercita a través del procedimiento de despido, tres resoluciones merecen nuestra atención en el período analizado.

En primer lugar, la **STSJ de Baleares de 20 de mayo de 2003**, I.L. J 1892, que en materia de cotización determina que legalmente se establece que “los períodos entre temporadas o campañas de los trabajadores fijos discontinuos se consideran lagunas de cotización, a diferencia de las horas o días que se trabaje en razón a las interrupciones en la prestación de servicios derivados del propio contrato a tiempo parcial (...)”.

En segundo lugar, debe destacarse la **STSJ de Baleares de 3 de junio de 2003**, I.L. J 1907, que en un supuesto de fusión de empresas aborda la cuestión relativa a la aplicación a los trabajadores fijos discontinuos de lo pactado en el convenio colectivo de la empresa de nuevo ingreso, siguiendo lo establecido en el Acuerdo de Fusión, sin que quepa argumentar que resultan aplicables a aquéllos como condiciones más beneficiosas de origen contractual, las pactadas en el convenio anteriormente aplicable en su empresa:

“Cierto es que la condición más beneficiosa se puede haber ofrecido a una pluralidad de trabajadores y que se haya aceptado incorporándose a sus respectivos contratos de trabajo, pero ello debe distinguirse del supuesto de que tal condición esté únicamente establecida en un Convenio colectivo, sin ninguna existencia contractual individualizada. (...) Los actores venían sometidos a la regulación del Convenio de ACIACO, que obligaba a una contratación de 180 días, de forma que su derecho a tal contratación no procedía de su contrato individual (...) Al ingresar en Iberia les devienen aplicables las normas de esta empresa (...) El tema de la contratación de los fijos discontinuos es objeto de discusión y negociación anual con los comités de empresa, lo que evidencia que no se trata de derechos consolidados sino discutibles en función de la carga de trabajo que cada año se presenta (...)”

Finalmente, la **STSJ de Baleares de 9 de junio de 2003**, I.L. J 1911, aborda la cuestión del alcance de la exigencia del art. 3.2 del RD 1194/1985 en materia de sustitución de los trabajadores jubilados anticipadamente por trabajadores fijos discontinuos y reseña que:

“(...) lo que requiere el art. 3.2 es que el contrato tenga una duración mínima de un año, no que se trabaje de modo efectivo continuamente durante ese período de tiempo”.

5. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Trabajadores indefinidos al servicio de la Administración

De nuevo hemos de destacar, entre las sentencias referidas a la contratación en la Administración Pública, el tema del particular concepto de trabajador indefinido al servicio de la misma. Tema que es objeto de análisis en diversas resoluciones.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2003**, I.L. J 1578, resuelve la cuestión relativa a la adecuada extinción del contrato indefinido de una trabajadora por cobertura de la plaza mediante el correspondiente proceso selectivo, considerando que:

“(…) la procedencia del cese del trabajador vinculado por un contrato caracterizado como indefinido, en virtud de la cobertura de su puesto de trabajo a raíz del oportuno procedimiento selectivo previsto al efecto, ha sido entendido como perfectamente ajustado a la legalidad por el TS (…)”

De este modo, aludiendo a la mencionada jurisprudencia, la resolución referida trae a colación la **STS de 15 de mayo de 2001** y recuerda la distinción entre contrato de interinidad por vacante y contrato indefinido que la misma recoge, al señalar que:

“Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos laborales, sindicales o de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad.”

Por otra parte, la **STSJ de Baleares de 31 de marzo de 2003**, I.L. J 1845, determina que aunque una Entidad de Derecho Público reconozca el carácter indefinido del contrato de un trabajador en el preceptivo acto de conciliación, ello “no supone que el trabajador consolide una condición de fijeza de plantilla y la Administración está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular de la plaza”, dado que, según la jurisprudencia consolidada “las irregularidades en la contratación temporal por las administraciones públicas no pueden dar lugar a adquisición de fijeza y no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en la plantilla.

En tercer lugar, la **STS de 11 de noviembre de 2003**, I.L. J 2056, en un supuesto de cesión ilegal de trabajadores a una Administración Pública, viene a señalar que también deberá considerarse que la figura jurídica que vinculará al trabajador objeto de la cesión con la Administración en cuestión también será la de indefinido no fijo:

“(…) aquí se plantea el problema en relación con el art. 43.3 ET y las consecuencias de una cesión ilegal, sin embargo la cuestión también aquí, en los supuestos de cesión ilegal, se concreta en determinar la naturaleza de la relación que ha de unir al trabajador con una Administración Pública cuando el ‘ingreso’ en la misma se produce por una vía distinta de las previstas como válidas por el art. 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Reforma de la Función Pública, y sin cumplir con las exigencias constitucionales de que el acceso a las funciones de cargos públicos se lleve a cabo respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad, y, por lo tanto, la respuesta jurídica ha de ser la misma, puesto que tanto en este caso como en aquél, concurren las mismas razones por las que se impone la prevalencia de las normas constitucionales y administrativas sobre las laborales o, lo que es más exacto, la adecuación interpretativa de lo previsto en aquéllas a las exigencias establecidas en estas últimas”.

Finalmente, en un idéntico supuesto se pronuncia en este mismo sentido la **STS de 11 de noviembre de 2003**, I.L. J 2063, que concluye que “(…) la consecuencia de la cesión

IV. Modalidades de Contratación

ilegal cuando la entidad condenada a aceptar a los trabajadores cedidos es una Administración Pública no será la adquisición de la condición de trabajador fijo sino la de trabajador “indefinido no fijo”.

B) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

La STS de 30 de septiembre de 2003, I.L. J 1749, se pronuncia en relación con los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos respecto de la concreta circunstancia referida a la exclusión de los mismos para la percepción de la correspondiente retribución anual por resultados de empresa vinculada al cumplimiento de objetivos. Esta concreta retribución viene regulada por el Acuerdo Marco sobre la mejora de condiciones profesionales del personal de “Correos y Telégrafos” y, según esta norma convencional, la misma se abonará al personal fijo “en los mismos términos y condiciones que el personal funcionario”.

Pues bien, en relación con la exclusión del personal temporal, la sentencia que comentamos viene a señalar que:

“(...) debe rechazarse el diferente trato de uno y otro personal, cuando no existen razones especiales que puedan justificar una diferencia de trato entre trabajadores fijos y no fijos, a los efectos de la percepción del citado concepto retributivo, cuando en el colectivo afectado concurren la existencia de relaciones laborales que si bien no tienen la naturaleza de fijeza en la plantilla, sí suponen la realización de la misma actividad, al no estar probado lo contrario, aunque con carácter eventual (...). El objetivo de la paga de resultados es idéntico en ambas clases de trabajadores, quienes de otra parte, contribuyen, en igual medida, a conseguir el fin propuesto, en proporción, eso sí, a los días trabajados (...)”

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) Premios en razón de años de servicio. Las retribuciones que integran la base del cálculo han de ser las correspondientes a la categoría consolidada del trabajador, sin que se añadan los importes correspondientes en una categoría que ocasionalmente desempeñe. b) “Jornal de calificación”. Se determina en función del puesto de trabajo, no de la categoría o de la sección o departamento al que pertenezcan los trabajadores. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Diferencias retributivas en función de la fecha de ingreso en la empresa.

Unificación de doctrina. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Responsabilidad subsidiaria, y no conjunta y solidaria del FOGASA con la empresa demandada, en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores. b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. La prescripción de la acción frente al obligado principal produce idénticos efectos frente al FOGASA. c) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Es necesaria la previa declaración de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios demandados. d) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Título ineficaz: falta de especificación en el acto de conciliación judicial de las cantidades correspondientes a salarios de tramitación, saldo y finiquito.

2. Jornada de trabajo. A) Convenio Colectivo. a) Nulidad de la cláusula que excluye del cómputo de horas extraordinarias de las horas de guardia de trabajo efectivo o de presencia que excedan de la jornada máxima de 40 horas semanales. B) Horas extraordinarias. a) Negativa del trabajador a realizarlas.

3. Pacto de no concurrencia. A) Pacto de no concurrencia. El hecho de que el trabajador sea o no personal de alta dirección no impide su cumplimiento.

4. Clasificación profesional. A) Determinación de la categoría profesional y consiguientes retribuciones: la edad como criterio normativo de delimitación de categorías.

B) Objeto del proceso especial de clasificación profesional. **5. Movilidad geográfica.**

A) Banca privada. Convenio colectivo. Traslados especiales del art. 30. Antes de efectuar dichos traslados la empresa debe tener en cuenta las peticiones voluntarias, lo cual no implica que deba realizar una convocatoria u oferta pública de las vacantes existentes. B) Movilidad geográfica. Los afectados por la cesión del contrato de trabajo y por el cambio del centro de trabajo

tienen derecho a la indemnización de traslado prevista en el convenio colectivo.

C) Decisión de traslado adoptado por el Ministerio de Justicia. Nulidad por incumplimiento de convenio. La decisión ha de ser precedida por un período de consulta a los representantes de los trabajadores y notificada al trabajador y a sus representantes con antelación de 30 días.

6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. A) Rescisión contractual indemnizada.

Procede la de 20 días por año de servicio y no 45 días. B) Despido improcedente. Ejecución de sentencia firme sobre modificación sustancial de las condiciones de contrato de trabajo. Auto declarando extinguida la relación laboral recurrido en queja. Ausencias al trabajo. Las resoluciones dictadas en ejecución de sentencias se llevan a efecto pese a su impugnación.

7. Excedencias. A) Excedencia forzosa. Personal estatutario interino. Agotamiento plazo

máximo IT. B) Excedencia por cuidado de familiares. INSALUD. C) Excedencia voluntaria.

Reingreso. Excedencia por cuidado de hijo.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2003 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1548 a J 2186).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Premios en razón de años de servicio. Las retribuciones que integran la base del cálculo han de ser las correspondientes a la categoría consolidada del trabajador, sin que se añadan los importes correspondientes en una categoría que ocasionalmente desempeñe

La STSJ de Madrid de 23 de mayo de 2003, I.L. J 1628, aborda la cuestión relativa a las retribuciones que deben integrar la base de cálculo de los premios en razón de los años de servicio para el personal laboral del Ayuntamiento de Madrid. Al respecto se expone el contenido de la norma en conflicto.

El artículo 148 del Convenio revisado Regulador de las Condiciones de Trabajo en el Ayuntamiento de Madrid para el personal laboral durante los años 2000 a 2003 establece: “El importe de los premios, en razón de los años de servicio prestados por el/la trabajador/a, será el siguiente: a) De seis mensualidades, si cuenta con veinticinco años y menos de treinta, b) De nueve mensualidades, si cuenta con treinta o más años y menos de treinta y cinco, c) De doce mensualidades, si cuenta con treinta y cinco y menos

V. Dinámica de la Relación Laboral

de cuarenta años, d) De dieciocho mensualidades y propuesta de la Medalla de Madrid, si cuenta con cuarenta o más años. Se considerará como mensualidad a estos efectos la constituida por la suma de los siguientes conceptos, todos ellos referidos al cargo que ostentase en propiedad el/la trabajador/a al causar baja en el servicio activo: Una mensualidad de sueldo. Una mensualidad de trienios. Un doceavo del importe de dos pagas extraordinarias cuantificadas según lo establecido en el artículo 45 del presente Convenio. En el supuesto del apartado 4 del artículo 146, si se realiza más de una solicitud, a partir de la primera el importe del premio será la diferencia entre las mensualidades ya percibidas y las correspondientes al tramo que solicita. La mensualidad que servirá como base de cálculo será la correspondiente al cargo que ostente el/la trabajador/a al cumplir los años de servicio que den lugar a su solicitud”.

A continuación, el Tribunal argumenta que una interpretación sistemática y finalista del precepto conduce indefectiblemente a entender que las retribuciones que integran la base de cálculo del premio han de ser las correspondientes a la categoría profesional que viniese ostentando el trabajador a la sazón de causar derecho a su percibo, sin que, por ende, sea factible agregar a ellas los importes que también pudiera cobrar con motivo del desempeño provisional de una categoría superior, que no tiene consolidada. Si la finalidad de este beneficio consiste en premiar la fidelidad y, en consecuencia, el prolongado lapso de tiempo de prestación de servicios para su empleador, carece de sentido que la base para su cómputo sea la retribución cobrada con ocasión de unas funciones de categoría superior realizadas con carácter transitorio. Y que no responden por ello a la categoría profesional realmente ostentada en el momento de generar derecho a este premio. Mayor claridad no cabe cuando existe normativa interna del Ayuntamiento que señala lo dicho hasta ahora de forma expresa.

b) “Jornal de calificación”. Se determina en función del puesto de trabajo, no de la categoría o de la sección o departamento al que pertenezcan los trabajadores

Se plantea demanda de conflicto colectivo en relación con el jornal de calificación, sistema retributivo peculiar de la empresa Ecrimesa. Con arreglo al mismo, a fin de establecer el coeficiente de aplicación, se toman en consideración determinados factores que inciden en la calificación del puesto de trabajo. El sistema es producto de la evaluación de distintos factores con arreglo a un baremo preestablecido (sistema IG) en el que se incluyen variables como la toxicidad, penosidad, elementos térmicos y químicos, esfuerzo físico desarrollado, fatiga mental, etc. Conforme a ese jornal de calificación se establece en las tablas el salario base, plus convenio y asistencia. Las primas, pluses y otros complementos variables se calculan también siguiendo este procedimiento. A efectos de calcular el jornal, se efectúan calificaciones de las diferentes secciones productivas por parte de la empresa. En el mes de enero de 2002 se efectuó la correspondiente revisión de los factores para los puestos de inyección manual y, en consecuencia, el coeficiente de aplicación fue aumentado a 1,60.

Se pretende por el Comité de Empresa la aplicación de dicho coeficiente a la totalidad de los trabajadores del Departamento o Sección de Ceras (inyección automática, inyección

manual y montaje) y no sólo a la manual, al ser la categoría de todos los afectados de especialistas y el puesto de inyección.

La STSJ de Cantabria de 4 de junio de 2003, I.L. J 1933, establece al respecto que la resolución de instancia dé por probado que la aplicación del coeficiente y, en consecuencia, la determinación del jornal de calificación se efectúa en función del concreto puesto de trabajo asignado, y no en atención a la categoría de los trabajadores o el departamento o sección al que pertenezcan. A lo que añade la falta de constancia de norma legal o convencional que desvirtúe dicho dato.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Diferencias retributivas en función de la fecha de ingreso en la empresa. Unificación de doctrina

En la práctica empresarial más reciente comienza a ser frecuente establecer diferencias retributivas en función de la fecha de ingreso del trabajador en la empresa. De esta manera, los trabajadores contratados a partir de determinado período de tiempo pueden percibir un salario inferior en su conjunto, resultado, por ejemplo, del recorte de alguno de sus complementos, produciéndose una situación en la que hay trabajadores desempeñando idénticas funciones con salarios diferentes. La limitación salarial por fecha de ingreso permite, a su vez, desglosar tal práctica en dos con repercusión económica diversa para los trabajadores afectados. Una primera posibilidad consiste en fijar de forma indefinida una distinta retribución para los trabajadores de nuevo ingreso. La segunda alternativa se puede denominar “recorte salarial escalonado”, es decir, se produce una diferencia retributiva para los nuevos trabajadores que puede ser salvada por ellos mismos a medida que van superando determinados topes temporales, llegando en un momento futuro y cierto a lograr la equiparación salarial respecto de los trabajadores más antiguos.

La STS de 19 de octubre de 2003, u.d., I.L. J 2081, plantea un supuesto más de diferencias salariales en función de la fecha de ingreso en la empresa. En concreto, este caso ya había sido resuelto por la STS de 23 de septiembre de 2003, cuyo criterio se extiende al planteado en este momento.

La cuestión que se debate en el presente recurso se centra en determinar si la diferente retribución del trabajo realizado en domingos y festivos en función de la fecha de la contratación constituye un trato desigual contrario al artículo 14 de la CE y a los artículos 4.2.c) y 17.1 LET.

La Sentencia del Tribunal Supremo realiza dos precisiones al respecto. La primera consiste en que la fecha de ingreso en la empresa o la fecha de contratación no es un factor de discriminación a los efectos del segundo inciso del artículo 14 de la CE, porque no se encuentra enumerado en la relación del artículo 14 –nacimiento, sexo, raza, convicciones ideológicas y religión– ni en las ampliaciones de los artículos 4.1.c) y 17.1 LET (estado

V. Dinámica de la Relación Laboral

civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías). Tampoco, continúa el Tribunal, puede incluirse en la referencia final del último inciso del artículo 14 CE –“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”– porque, como dijo la Sentencia de 17 de mayo de 2000, pese a la aparente amplitud de esta expresión, la misma ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el artículo 14 y es claro que esta analogía no concurre en este caso, pues la fecha de la contratación no tiene las implicaciones y el significado que, como factores de exclusión o marginación típicos, tienen o han tenido históricamente el nacimiento, el sexo, la raza, la ideología o la confesión religiosa. No cabe por tanto, considerar discriminatoria la diferencia establecida.

La segunda de las precisiones que realiza el Tribunal consiste en establecer que el trato igual tampoco deriva en este caso de ninguna norma legal, como en el caso del artículo 15.6 LET, que impone de forma general la exclusión de diferencias de trato en función del carácter temporal del contrato.

Se añade, en último lugar, que ese trato diferente está justificado por el respeto a una condición más beneficiosa otorgada al personal contratado con anterioridad a noviembre de 1992. Lo que existía era una compensación económica que mejoraba el régimen convencional aplicable para los trabajadores de la empresa– excepto para los eventuales y los contratados específicamente para trabajar los domingos y festivos– y esa mejora se había incorporado a sus contratos de trabajo. Entonces, lo que ha hecho la empresa es respetar la mejora.

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Responsabilidad subsidiaria, y no conjunta y solidaria del FOGASA con la empresa demandada, en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores

Conforme lo previsto en el artículo 33.1, 2, 3 y 4 ET, así como en los artículos 2.1, 18 y 19 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, la responsabilidad que asume el FOGASA en los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de la empresa demandada, sólo puede ser de carácter subsidiario, y no conjunta y solidaria con la otra condenada, de forma tal que no puede ser condenado el FOGASA, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria, conforme lo previsto en el artículo 33 ET.

Así lo señala la STSJ de Castilla y León (Burgos) en Sentencia de 9 de julio de 2003, I.L. J 2041.

b) Responsabilidad subsidiaria: no procede. La prescripción de la acción frente al obligado principal produce idénticos efectos frente al FOGASA

La responsabilidad de origen legal y de carácter subsidiario que asume el FOGASA en los supuestos a que se refiere el artículo 33.1 y 2 ET, está condicionada por la existencia

del derecho respecto de la empresa por la que, debido a su insolvencia, está llamado a responder. Esto implica que si no existe derecho alguno contra el obligado principal por haber prescrito la acción, queda liberado también el Fondo que responde en defecto de él, como se señala en STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de julio de 2003, I.L. J 2161.

En esta Sentencia se indica expresamente que “la naturaleza subsidiaria con la que es llamado el FOGASA no se desvirtúa en la fase de ejecución de sentencia de forma tal que, si la misma no se insta en plazo legal y prescribe la acción contra el condenado principal también ha expirado la que, en defecto de aquél, debe responder”.

c) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Es necesaria la previa declaración de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios demandados

Así se señala en STSJ de La Rioja de 3 de junio de 2003, I.L. J 1696, en donde se concreta que el FOGASA, conforme lo previsto en el artículo 33 ET, es responsable del pago de salarios e indemnizaciones no satisfechos por causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios responsables, tras la tramitación del correspondiente expediente a que se refiere el artículo 33.4 ET, y que se carece, por lo tanto, de acción declarativa o condenatoria respecto del FOGASA en tanto en cuanto no se haya declarado alguna de las referidas situaciones empresariales.

d) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Título ineficaz: falta de especificación en el acto de conciliación judicial de las cantidades correspondientes a salarios de tramitación, saldo y finiquito

En STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2003, I.L. J 1613, se aplica la doctrina jurisprudencial plasmada en SSTs de 22 de diciembre de 1998, de 17 de enero de 2000, I.L. J 28, y de 18 de septiembre de 2000, I.L. J 1851, en donde señaló el TS que cuando en acto de conciliación judicial se establecía una cantidad global por los conceptos de salarios de tramitación, saldo y finiquito, sin especificar qué cantidades corresponderían a unos y cuáles a otros, ese título, es decir, la conciliación judicial, en el que el trabajador se sustentaba para reclamar del FOGASA el cumplimiento de las previsiones contenidas en el artículo 33.1 ET, carecía de virtualidad, no pudiendo prosperar la pretensión del trabajador por ausencia de los presupuestos legalmente exigidos.

El TSJ de Castilla-La Mancha subraya que dicha doctrina jurisprudencial sigue siendo de aplicación, como el propio TS reitera en reciente Sentencia de 17 de marzo de 2003, tras la Sentencia dictada por el TJCE, de fecha 12 de diciembre de 2002, que admite la procedencia de que los salarios de tramitación queden fijados en conciliación judicial, cuando en este acto se fija una cantidad genérica y sin especificación alguna, comprensiva de todo lo adeudado a raíz del despido, y sin distinguir entre suma indemnizatoria y cantidades correspondientes a salarios de trámite, saldo y finiquito.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Convenio colectivo

a) Nulidad de la cláusula que excluye del cómputo de horas extraordinarias de las horas de guardia de trabajo efectivo o de presencia que excedan de la jornada máxima de 40 horas semanales

La STS de 8 de octubre de 2003, I.L. J 1711, aborda la legalidad o ilegalidad del Convenio Colectivo del Personal Sanitario de Galicia Gestionado por Empresas Públicas en cuanto excluye del cómputo a efectos de horas extraordinarias de las horas de guardia de trabajo efectivo o de presencia que excedan de la jornada máxima legal de 40 horas semanales.

En este sentido, debe señalarse que el convenio impugnado regula en su artículo 19 la jornada ordinaria en 1.624 horas anuales para el año 2003 y en su artículo 25 regula las guardias con tres modalidades: de presencia física, de localización y las mixtas.

La conclusión del Alto Tribunal es que se vulnera el artículo 35.2 del Estatuto de los Trabajadores al permitir que no se computen a efectos de horas extraordinarias el tiempo de prestación de servicios en guardias de presencia física o en tiempos de presencia en el centro de trabajo.

Si bien este argumento es claro respecto a las guardias de presencia física, admite algún tipo de matización respecto de las horas de presencia (aun cuando lo sean en el centro de trabajo).

Para la Sala de lo Social del TS la exclusión a efectos de cómputo de límite máximo de jornada del tiempo de presencia en el centro de trabajo, reside en que, “la jornada comienza a computarse desde el momento en que el trabajador se encuentre en su puesto (artículo 34.5 del Estatuto de los Trabajadores)”.

Los redactores del convenio arguyen en contra lo dispuesto en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, regulador de las jornadas especiales de trabajo, el cual en su artículo 8.3 dispone que las horas de presencia no computarán a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el límite máximo de las horas extraordinarias.

Ahora bien, salva el tribunal citada circunstancia, entendiendo que la relación del personal laboral del sector sanitario de Galicia, es una relación ordinaria, que ni queda sometida al régimen especial del personal estatutario ni es susceptible de entenderse esta regulación como un régimen especial de jornada establecido en virtud de la autorización contenida en el artículo 34.7 del Estatuto de los Trabajadores.

B) Horas extraordinarias

a) Negativa del trabajador a realizarlas

Desde una perspectiva distinta, pero respecto de un mismo fondo jurídico (consecuencias de la negativa del trabajador a finalizar o realizar una tarea que suponga exceder su jornada diaria), cabe contemplar y comentar la STSJ de Extremadura de 11 de junio de 2003, I.L. J 1757 y la STSJ de Baleares de 11 de marzo de 2003, I.L. J 1852.

Las dos resoluciones judiciales conjugan el deber general de obediencia del trabajador respecto de las órdenes del empresario y que obligaría a éste a obedecer las órdenes de aquél aunque después proceda a su impugnación (*Solve et Repete*) y el carácter voluntario de las horas extraordinarias.

Para la STSJ de Extremadura en todo caso debe primar el carácter voluntario de las horas extraordinarias, cuando ni en contrato individual de trabajo ni en convenio colectivo se haya acordado el carácter obligatorio de las mismas dentro del máximo legal.

Para esta Sentencia, el derecho de dirección que corresponde al empresario, no excluye el carácter de ilegítima de aquella orden empresarial que supone prestar servicios fuera de la jornada ordinaria; en consecuencia el trabajador se encuentra legitimado para no acatarla sin incurrir por ello en desobediencia.

Quizás el matiz más importante de esta Sentencia estriba en el hecho de que mantiene este pronunciamiento aun cuando mediare pacto contractual entre trabajador y empresario, por el que la realización de las horas extraordinarias se acuerdan como extraordinarias, previa compensación económica.

Así señala el TSJ de Extremadura que:

“aunque partamos de que existía ese pacto individual, es claro que puede verse sin efecto en cualquier momento, pues no tiene por qué considerarse que una vez acordado sea irrevocable y por eso el posible pacto quedó sin efecto cuando el actor en Abril del año pasado comunicó a la empresa que a partir de entonces se iba a limitar a cumplir el horario establecido en el convenio”.

Distinta es la solución que adopta la STSJ de Baleares, la cual califica de procedente el despido realizado a un trabajador, que desobedeció una orden empresarial. En concreto, el inicio del servicio que el trabajador dejó de cumplir comenzaba dentro de su jornada habitual, si bien admite el tribunal que pudiera ser que la finalización se excediera de la jornada ordinaria.

No obstante, para la Sala de Baleares, esta circunstancia encuentra justificación en el convenio colectivo que vincula a las partes y conforme el cual, el conductor que hu-

V. Dinámica de la Relación Laboral

quiera iniciado un servicio normal que se prolongue por causas especiales no podrá abandonarlo hasta que lo haya terminado, salvo por causas imprevistas debidamente justificadas.

Interesa destacar de esta Sentencia que en la misma se apunta la legitimidad de la orden empresarial aún cuando no existiera la cobertura del convenio colectivo, al que antes hacíamos referencia, en virtud del principio de buena fe que debe regir las relaciones entre las partes.

Desde este punto de vista, señala la Sentencia que:

“(…) no resulta conforme con el principio de la mutua buena fe que deben observar en sus recíprocas relaciones los sujetos del contrato de trabajo (art. 20.2 del ET) exigir un rigor estricto en la aplicación de las normas sobre horario de trabajo en una actividad empresarial tan sujeta a factores ajenos fluctuantes como la de trasladar viajeros entre el aeropuerto y sus respectivos establecimientos turísticos de destino”.

En consecuencia, la negativa del trabajador a realizar el servicio por exceder el fin del mismo de la hora de salida del trabajador, deviene a juicio del tribunal en desobediencia que justifica la decisión disciplinaria del despido.

3. PACTO DE NO CONCURRENCIA

A) Pacto de no concurrencia. El hecho de que el trabajador sea o no personal de alta dirección no impide su cumplimiento

El hecho de que el trabajador sea o no personal de alta dirección no es obstáculo para desvirtuar el pacto de no concurrencia, ya que el mismo se puede establecer tanto en una relación laboral ordinaria como de alta dirección. En el contrato se pactó que el trabajador no concurriría con la actividad de la empresa durante un plazo de 6 meses una vez finalizada la relación laboral, recibiendo en contrapartida una compensación mensual de 100.000 pesetas durante la vigencia del contrato. Y como se le compensó por esta obligación añadida, al margen que desarrollara las funciones de gerente para las que fue contratado o las de un director comercial o simplemente las de un comercial, es obvio que el incumplimiento de este pacto conlleva necesariamente cuando menos la devolución de la cantidad percibida (STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de marzo de 2003, I.L. J 1733).

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Determinación de la categoría profesional y consiguientes retribuciones: la edad como criterio normativo de delimitación de las categorías

La STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2003, I.L. J 1658 (recurso 335/2003) conoce, entre otras cuestiones, de la reclamación de diferencias salariales por el desempeño de

las funciones propias de la categoría superior de dependiente siendo retribuida la actora como ayudante. El fallo estima dicha pretensión en virtud de la aplicación supletoria de la ordenanza de comercio de 24 de julio de 1971, supletoriedad expresamente establecida por el convenio colectivo de aplicación en la empresa, Convenio Colectivo para el Sector del Comercio en General de Bizkaia 2000-2001. La citada ordenanza atribuye funciones muy similares a ambas categorías, reconociendo la propia sentencia que “la línea divisoria entre unas y otras funciones es verdaderamente sutil, compartiéndose tareas de bastante similitud”, categorías que son diferenciadas en función del dato objetivo de la edad, el ayudante según la citada ordenanza ha de ser menor de 22 años y el dependiente mayor de dicha edad, concluyendo la sentencia que “con independencia de las actividades concretas que la actora realizara su edad no le permitía su inclusión en la categoría de ayudante sino en la de dependiente, siendo la empleadora, en consecuencia, responsable de las diferencias salariales de categoría que se derivan de ello”.

B) Objeto del proceso especial de clasificación profesional

Siguiendo la estela marcada, entre otras muchas, por las SSTS, u.d., de 2 de diciembre de 2002, I.L. J 2584 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002) y de 6 de octubre de 2003, I.L. J 1481 (recurso 6/2003) en la tarea de delimitar el objeto del proceso especial de clasificación profesional, la **STS de 13 de noviembre de 2003**, u.d., I.L. J 2088 (recurso 4468/2002) conoce el recurso contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que, revocando parcialmente la sentencia de instancia, deniega el derecho a cambio de categoría de un oficial administrativo que ostentando el título necesario y desempeñando las correspondientes funciones reclamó la categoría de Arquitecto Técnico, estimando, no obstante, el obligado pago de las diferencias salariales. En el procedimiento judicial se produjo – ex artículo 27 LPL– la acumulación de dos acciones, una de clasificación profesional y otra de cantidad, advirtiendo el Alto Tribunal la primacía o preponderancia de la acción de clasificación profesional “como presupuesto básico, esencial o condición *sine qua non* de la acción reclamatoria de diferencias salariales ejercitada en función del reconocimiento de la señalada categoría profesional”. Es decir, que el ejercicio conjunto de ambas acciones configura a la acción de clasificación profesional como principal y a la otra como derivada “en inevitable posición de dependencia respecto de la primera de ellas, cuya suerte procesal en todos aspectos debe correr”, no siendo por consiguiente la sentencia de instancia susceptible de recurso de suplicación. El Tribunal ordena la nulidad de actuaciones.

En relación con idéntica cuestión, la **STS de 25 de noviembre de 2003**, u.d., I.L. J 2123 (recurso 3933/2002) que la modalidad procesal adecuada para ejercitar una pretensión declarativa del reconocimiento del actor a ser adscrito a un determinado nivel retributivo en función de una subrogación empresarial es la del proceso ordinario y no la de clasificación profesional. Aplica para ello el Alto Tribunal la doctrina contenida en su Sentencia de 24 de febrero de 1995, dictada en un supuesto similar en el cual la necesidad de la adscripción a un nivel retributivo del trabajador vino determinada por el proceso de transferencia de servicios del Estado a las Comunidades Autónomas. Doctrina que sin-

V. Dinámica de la Relación Laboral

etiza afirmando que si la cuestión clave de la decisión jurisdiccional se encuentra en el fenómeno subrogatorio la modalidad procesal a seguir es la del proceso ordinario.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Banca privada. Convenio colectivo. Traslados especiales del artículo 30. Antes de efectuar dichos traslados la empresa debe tener en cuenta las peticiones voluntarias, lo cual no implica que deba realizar una convocatoria u oferta pública de las vacantes existentes

La STS de 27 de octubre de 2003, I.L. J 1777, examina e interpreta el contenido del artículo 30 del Convenio colectivo de la banca, cuyo contenido autoriza a la empresa a cubrir las vacantes existentes, no teniendo valor de traslado ni movilidad geográfica si se llevan a cabo dentro de una misma plaza o en un radio de 25 Km, pero, también destaca la norma, que, sin menoscabo de la facultad organizativa de la empresa, ésta, siempre que concurra la idoneidad de los solicitantes tendrá en cuenta las peticiones voluntarias y las circunstancias de proximidad domiciliaria del trabajador. Así configura tal precepto los traslados especiales “como un supuesto que queda dentro del *ius variandi* normal derivado del poder organizativo del empresario, aunque impone algunas exigencias que se vinculan a la consideración de las peticiones voluntarias y de la proximidad del domicilio”. Sin embargo, como señala la sentencia no son únicos sino que ha de considerar los factores que la norma convencional establece, pero sin que ello implique que tenga que decidir siempre en ese sentido, aunque deberá justificar las razones que le hayan podido llevar a otra decisión. Así destaca la sentencia, “el que se tenga en cuenta las peticiones voluntarias no implica necesariamente que se realice una convocatoria u oferta pública de las vacantes existentes, pues ello exigiría un sistema formalizado de cobertura de vacantes (...) La consideración de las peticiones voluntarias sólo requiere que éstas se hayan formulado (...)”, no siendo necesario la oferta pública, basta cursar la petición del interesado indicando la localidad, con independencia de que exista o no vacante al momento de la solicitud.

B) Movilidad geográfica. Los afectados por la cesión del contrato de trabajo y por el cambio del centro de trabajo tienen derecho a la indemnización de traslado prevista en el Convenio colectivo

Los empleados de la empresa fueron trasladados de Leganés a centros de trabajo en Madrid. La STS de 15 de octubre de 2003, I.L. J 1810, recogiendo la dictada por la misma sala de fecha 11 de octubre de 2002, y partiendo de una sucesión empresarial (art. 44 ET), señala que si al momento de la cesión del contrato de trabajo estaba vigente el Convenio colectivo de la empresa cedente donde se establecía la indemnización para los supuestos de traslado, dicha disposición es aplicable a los trabajadores cedidos entre las empresas del mismo grupo.

C) Decisión de traslado adoptado por el Ministerio de Justicia. Nulidad por incumplimiento de Convenio. La decisión ha de ser precedida por un período de consulta a los representantes de los trabajadores y notificada al trabajador y a sus representantes con antelación de 30 días

La STS de 13 de octubre de 2003, I.L. J 1815, examina el supuesto de traslado de los peritos judiciales de la periferia de Madrid, cuya ubicación lo era en Madrid, a Alcobendas, y

la cuestión litigiosa es si resulta de aplicación al supuesto el artículo 26 o 27 del Convenio Colectivo. La Sala considera que el traslado ha afectado a todo el grupo compuesto por los peritos judiciales y por tal es de aplicación el artículo 27 del Convenio y por su remisión al artículo 40 ET, ya que la decisión impugnada no afecta a un trabajador aislado sino que el traslado tiene como destinatarios un grupo de trabajadores, por tal se impone como señala tal precepto convencional que la decisión sea precedida de consultas con los representantes de los trabajadores y que la decisión tomada por la Administración debe ser notificada tanto al trabajador como a sus representantes legales con una antelación de 30 días.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Rescisión contractual indemnizada. Procede la de 20 días por año de servicio y no 45 días

El trabajador venía prestando servicios para un Ayuntamiento en horario nocturno, ante ello el Ayuntamiento procedió a efectuar un cambio de horario, que fue impugnado por el trabajador instando demanda de modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo, dictándose sentencia por el Juzgado de lo social declarando la misma justificada. El trabajador instó demanda de rescisión de la relación laboral, con abono de una indemnización de 45 días de salario [art. 50.1.a) ET]. La STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2003, I.L. J 1619, examina si procede la misma o la prevista en el artículo 41.3 ET de 20 días por año de servicios, y así refiere que para que pueda prosperar la acción resolutoria del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.a) ET, es preciso que “el trabajador acredite que la modificación sustancial de condiciones laborales redunde en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad”. Aquí las funciones son idénticas, antes y después, no se le ha privado de signo externo de categoría profesional, ni se ha probado trato vejatorio o intención de perjudicar al trabajador, sólo se limita a un cambio de horario, declarado en su momento justificado, y tampoco acredita ni justifica que la señalada modificación operada incida sobre su formación profesional.

B) Despido improcedente. Ejecución de sentencia firme sobre modificación sustancial de las condiciones del contrato de trabajo. Auto declarando extinguida la relación laboral recurrido en queja. Ausencias al trabajo. Las resoluciones dictadas en ejecución de sentencias se llevan a efecto pese a su impugnación

El trabajador había instado demanda sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo lo que fue estimado por el juzgado de lo social declarando la misma nula, condenando a la empresa a restituir al trabajador en la jornada y horario anterior a la modificación operada. La empresa incumplió tal deber y el trabajador instó la ejecución interesando la extinción del contrato de trabajo a través del correspondiente incidente al amparo del artículo 138.6 y 7 LPL. El Juzgado de lo social estimó la pretensión declarando la extinción del contrato de trabajo con abono de la indemnización tasada legalmente. Se interpuso recurso de reposición por la empresa lo que fue denegado y posterior recurso de suplicación que asimismo en razón a diversas vicisitudes se inadmitió interponiendo recurso de queja. El trabajador desde la resolución del incidente dejó de acudir a la empresa. La

V. Dinámica de la Relación Laboral

empresa procedió al despido del trabajador en base a tales incumplimientos. Impugnada tal decisión el juzgado a quo resolvió declarando la improcedencia del despido.

Recurrida en suplicación la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de junio de 2003, I.L. J 2039, analiza tal situación destacando que no cabe asimilar el supuesto a aquellos que devienen de acciones declarativas de extinción del contrato al amparo del artículo 50 ET, en las que mientras la sentencia no sea firme, el trabajador tiene el derecho y también la obligación de continuar ocupando su puesto de trabajo en tanto no se resuelva el recurso pendiente. Por el contrario se trata de una resolución del contrato al amparo del artículo 137.7 LPL, donde el trabajador tiene la doble posibilidad bien de ejecución en sus propios términos de la sentencia, reponiéndole el empresario en sus anteriores condiciones de trabajo de los artículos 281 y 282 LPL, o acudir al incidente de los artículos 277, 278 y 279 LPL y por tal interesar la extinción. Pues bien como señala la Sala:

“como quiera que dicha resolución contractual no es más que un modo legal de ejecutar la sentencia resolutoria acordada en el Auto de (...), dicha resolución contractual es directamente ejecutiva, aunque la resolución judicial que la determine sea objeto de recurso; pues así se desprende del contenido del artículo 244.1 LPL en cuanto que prevé que, salvo los supuestos de excepción previstos en la Ley, las resoluciones dictadas en ejecución se llevarán a efecto no obstante su impugnación. De todo ello se concluye que el trabajador no está obligado a permanecer en su puesto de trabajo en tanto el Auto de ejecución de sentencia que declara extinguida la relación laboral alcance firmeza; ni consiguientemente pueda ser despedido si deja de realizar la prestación laboral, una vez se le notificó el Auto de ejecución”.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia forzosa. Personal estatutario interino. Agotamiento plazo máximo IT

La STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de marzo de 2003, I.L. J 1580, establece que para el personal estatutario interino de la Seguridad Social el agotamiento del plazo máximo de 18 meses de incapacidad temporal no determina el pase a la situación de excedencia forzosa, sino la prórroga de dicho plazo máximo, hasta un total de treinta meses, ante la necesidad de continuar con tratamiento médico.

B) Excedencia por cuidado de familiares. INSALUD

La STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2003, I.L. J 1614, realiza una interpretación del artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, modificado por la Ley 30/1999, según el cual:

“Los funcionarios tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, los funcionarios para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.”

Centrándose el litigio en dilucidar si dentro del segundo apartado, referido a la excedencia de hasta un año por cuidado de familiar, cabe también ubicar el cuidado de hijos cuando han transcurridos más de tres años de su nacimiento.

Tema *decidendi* que, según la sentencia, debe decantarse a favor del criterio que defiende el INSALUD, esto es, que el artículo 29.4 analizado, dentro de su primer párrafo, regula un tipo de excedencia voluntaria específicamente referida al cuidado de hijos, y en su apartado segundo, contempla otra clase distinta de excedencia, esta vez de contenido más amplio, encaminada al cuidado de familiares hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad, concretando una serie de presupuestos para su viabilidad, por un lado las causas determinantes de la necesidad de cuidado del familiar, que pueden ser la edad, accidente o enfermedad, por otro, la imposibilidad de valerse por sí mismo, y por último que no se desempeñe actividad retribuida.

Ubicación, contenido y dicción del precepto que conduce al entendimiento de que dentro del segundo párrafo del precepto no cabe subsumir la excedencia para el cuidado de hijos propiamente dicha, en tanto que la misma ya queda especial y específicamente regulada en el primer párrafo.

C) Excedencia voluntaria. Reingreso. Excedencia por cuidado de hijo

La STSJ de Baleares de 5 de junio de 2003, I.L. J 1908, analiza un supuesto en el que el trabajador confunde los términos de su petición de excedencia, lo que determinó la imposibilidad del reingreso al no existir reserva de plaza, la Sala concluye que si al solicitar la excedencia se cometió un error es el trabajador el que debe soportar las consecuencias negativas para sus intereses que se deriven del mismo. Así lo exige el principio de autorresponsabilidad en la emisión de declaraciones de voluntad recepticias, el cual obliga al emitente a pechar con los errores que padezca su declaración y que le sean imputables, y no que deba sufrirlos el mero destinatario.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT RUIZ CUESTA

VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Extinción contractual y despido. A) Causas de extinción contractual. B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos. Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. **3. El despido disciplinario. Causas que lo motivan. 4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. **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) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización. a) 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 9 a 12 del año 2003.

La sistemática observada en ella intenta separar, en la medida de lo posible, la exposición de las cuestiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, en general, de aquellas otras, más específicas, concernientes al despido. Estas últimas se desglosan atendiendo a las tres categorías que de este último contempla el legislador, reseñando los aspectos que en cada una de ellas son objeto de consideración –con mayor o menor profusión o intensidad– en la doctrina judicial. Posteriormente, se abordan los aspectos relativos a la

impugnación del despido, que afectan no sólo al ejercicio de la acción y las cuestiones que plantea, sino también a las posibles calificaciones judiciales del mismo y las consecuencias derivadas de ellas.

2. EXTINCIÓN CONTRACTUAL Y DESPIDO

A) Causas de extinción contractual

La STS de 22 de diciembre de 2003, I.L. J 1820, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de la doctrina 107/2003), desestima la existencia de despido ante un supuesto de extinción contractual por finalización de la contrata; su contenido se centra en el análisis de la extinción de un Contrato para obra o servicio determinado, por finalización de la obra. Para la Sala:

“La contratación por obra o servicio determinado fue ajustada a la doctrina establecida por esta Sala en sus sentencias de 11 de noviembre, 18 y 28 de diciembre de 1998 y 8 de junio de 1999, y según la cual, ‘el artículo 2.1 del Real Decreto 2104/1984, más tarde sustituido por el RD 2546/1994, de 29 de diciembre, y por el siguiente, establece que los contratos de la modalidad prevista en el art. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores ‘tienen por objeto la realización de obras y servicios determinados con autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta’. En casos como el presente es claro que no existe 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. Sin embargo, existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésa es —es importante subrayarlo— una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible, en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste.

En este sentido no cabe argumentar que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción). Y tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato’0. Doctrina aplicable por la ahora recurrente y con revocación de la sentencia de instancia desestimación de la demanda absolviendo a la demandada. Sin costas. Devuelvase el depósito constituido para recurrir.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Y siendo ello así, al decretarse el fin de la contrata por la empresa cliente, era igualmente ajustada al mandato del art. 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores la extinción del contrato de trabajo concertado precisamente para la realización del servicio a que aquélla se refería. El precepto que se denuncia como infringido expresamente prevé la extinción por la realización de la obra o servicio objeto del contrato. Y esta causa extintiva no queda alterada por el hecho de que la empresa empleadora haya concertado otra contrata con la empresa cliente, con la misma finalidad. Se trata de otra contrata diferente, para cuya efectividad, la empleadora podrá o no contratar a la actora, bien por novación del contrato anterior, bien por la suscripción de uno nuevo y con efectos a partir de la fecha en que se concierte, pero sin que, por Ley o convenio colectivo, venga obligada a ello.”

En la misma línea, la **STSJ de Cantabria de 24 de junio de 2003**, I.L. J 1924 (recurso 785/2003) y **STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2003**, I.L. J 1941 (recurso 599/2003), desestiman la existencia de despido ante un supuesto de extinción contractual por finalización de la contrata. En la primera de las sentencias citadas, la Sala argumenta, teniendo en consideración la proyección temporal del servicio, que lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato. En la segunda se desestima la existencia de despido ante un supuesto de extinción contractual por finalización de la contrata. Análogamente, también desestimatoria del despido ante un supuesto de extinción contractual por finalización de la contrata, la **STSJ de Castilla y León de 15 de julio de 2003**, I.L. J 2043 (recurso 638/2003), determina que al finalizar el primer contrato de gestión de la actora y no estar previsto en el segundo contrato la plaza que ocupaba la misma, la causa de extinción del contrato es ajustada a derecho.

Relativa a la extinción del contrato de trabajo **por voluntad del trabajador** (art. 50 ET), la **STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2003**, I.L. J 1645 (recurso 267/2003), niega la existencia de dimisión de una trabajadora ante un hipotético supuesto de *moobing*, cuando a la empleada le es asignado un mayor trabajo, en una situación temporal extraordinaria, que también afectó a otros trabajadores, existiendo una conexión entre los nuevos horarios y jornada y la correspondiente subida salarial.

Según la Sala, la dimisión voluntaria de su puesto de trabajo decae, porque “aunque la actora mostró su disconformidad con la jornada y horarios nuevos después accedió, y es más, judicialmente obtuvo su reposición al estado anterior por lo que si se hubiera visto en alguna medida a dar su conformidad no es ya esgrimible tal actuación de contrario pues la medida fue dejada sin efecto”.

La **STSJ de Madrid de 24 de junio de 2003**, I.L. J 1677 (recurso 1371/2003), 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:

“La doctrina correcta, desde una adecuada hermenéusis del precepto estatutario en cuestión, debe ser la de que se produzcan y aprecien por el Juzgado sentenciador, la existencia de perjuicios para el trabajador a causa del repetido cambio de las condiciones de trabajo

para que, en base a ello, actúe el mecanismo resolutorio contractual que le concede la norma estatutaria. Es evidente, conforme a una interpretación literal del párrafo 3 del señalado artículo 41 del texto estatutario, que la facultad de rescisión contractual por la modificación de las concretas condiciones esenciales de trabajo a que el mismo se refiere, se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el trabajador, por lo que si no se dan por concurrentes aquéllos, no puede tener viabilidad dicha rescisión contractual.

No es dable establecer, en tal sentido, una presunción *iuris tantum* de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del artículo 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, debe admitirse por el Tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado de lo actuado en juicio.

La impugnante alega una serie de perjuicios, pero ninguno de ellos resulta probado (afectación de la vida familiar, existencia de un hijo de corta edad cuya atención resulta mermada, etc.) En definitiva, siendo la modificación sustancial no se ha acreditado el perjuicio producido por lo que el recurso no puede prosperar al no haber incurrido la sentencia dictada en ninguna de la infracciones denunciadas.”

La STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2003, I.L. J 1578 (recurso 129/2003), niega la existencia de despido y resuelve en favor de la extinción contractual, al abordar la situación de un trabajador contratado por tiempo indefinido de la administración pública, que cesa por la cobertura del puesto de trabajo que venía desempeñando mediante un procedimiento selectivo. Funda su fallo en los siguientes razonamientos:

“Denuncia que necesariamente debe ser rechazada en tanto que la procedencia del cese del trabajador vinculado por un contrato caracterizado como indefinido, en virtud de la cobertura de su puesto de trabajo a raíz del oportuno procedimiento selectivo previsto al efecto, ha sido entendido como perfectamente ajustado a la legalidad por el TS en Sentencias como la de 27 de mayo de 2002 (recurso 2591/2001) en la que precisamente se casaba y anulaba la Sentencia dictada por esta Sala de 15 de mayo de 2001, en la que se mantenía el criterio contrario, indicando el Alto Tribunal que “aunque la condición de temporal de un trabajador cada vez se va aproximando más a la del no temporal, y se les va reconociendo los mismos derechos laborales, cuando esta sala introdujo la figura del temporalmente indefinido salvaba de las limitaciones y cortapisas propias de los trabajadores temporales a quienes no lo eran porque se negaba la eficacia a la cláusula de su temporalidad; pero hubiera incurrido en ofensa a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, tan reiterados a lo largo de esta Sentencia, si hubiera proclamado una absoluta identidad jurídica entre el fijo y el indefinido temporal. No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los internos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y otros responde a una misma causa y necesidad. Donde se sitúa la diferenciación de tratamiento legal entre el interino por vacante y el indefinido temporal es durante la vigencia y desarrollo del contrato, al negar cualquier consecuencia negativa que pudiera mermar los derechos

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

laborales, sindicales y de Seguridad Social del trabajador, por una pretendida e inexistente temporalidad.”

En el mismo sentido, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de abril de 2003**, I.L. J 1584 (recurso 61/2003), deniega la existencia de despido y falla en favor de la extinción contractual, al abordar la situación de un trabajador con una relación laboral de carácter temporal, que cesa debido a la amortización de su puesto de trabajo en virtud del proceso de funcionarización. Según la Sala:

“No puede producir preocupación jurídica equiparar la extinción de estos contratos con la de los internos por vacante, porque la justificación de la existencia de unos y otros responde a una misma causa y necesidad. Partiendo de dicha equiparación de los contratos de interinidad y de duración temporal indefinida, sin fijeza de plantilla, al tiempo de aplicar las causas de extinción de los mismos; ningún obstáculo existe para que los citados contratos de duración indefinida, sin fijeza de plantilla puedan extinguirse como consecuencia de la amortización de la plaza, sin que para ello sea preciso acudir a los procedimientos previstos en los arts. 51 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, al haberlo así declarado la doctrina jurisprudencial (por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002, con cita de las del mismo Tribunal de 2 de abril y 9 de junio de 1997 y 27 de marzo de 2000).

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

De otro lado, la **STSJ de Madrid de 24 de junio de 2003**, I.L. J 1679 (recurso 1413/2003), resuelve a favor de la inexistencia de 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 el período de prueba 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, ‘a 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 2º).

Finalmente, la **STSJ de Madrid de 19 de mayo de 2003**, I.L. J 1643 (recurso 1125/2003), falla la extinción contractual –y la no existencia de despido– al abordar la situación de prejubilación de un trabajador, hecho que no implica la extinción forzosa de la relación laboral. Razona la Sala que:

“Por ello no puede considerarse despido los hechos enjuiciados por las tres razones dichas: A) La empresa en la que se prejubiló el actor es distinta de aquellas nominadas en el primer compromiso, y en el que le sucedió, sin que se suscribiera respecto de las empresas siguientes. B) El actor no obtuvo la excedencia voluntaria en la empresa inicial (suspendiendo su contrato con ella) sino que obtuvo un compromiso de recontractación por extinción forzosa en la primera o segunda empresa, una vez extinto el contrato con la inicial. C) La prejubilación no implica una extinción forzosa que pueda suponer el empleador al trabajador sino que exige mutuo consentimiento y en consecuencia esa extinción no queda amparada dentro del ámbito del compromiso empresarial” (FJ 2º).

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 **STS de 23 de diciembre de 2003**, I.L. J 1816, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de la doctrina 265/2003) desestima la existencia de despido ante la prueba en contra de la presunción de contratación, al estar vinculada esta última a una subvención concedida por un Ayuntamiento. La Sala señala al respecto:

“La trabajadora, demandante en este proceso, interpone recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias el 11 de octubre de 2002, que desestimó su demanda de despido y declaró ajustada a derecho la extinción de la relación laboral temporal que la unía con la Asociación de Sordos de Gijón por finalización del contrato eventual suscrito entre las partes.

Tercero.– En este proceso fue mayor la actividad probatoria de la Asociación demandada. Y ello ha permitido la construcción judicial de una narración histórica más relevante. En el segundo de los hechos probados de la sentencia de instancia, que permanecieron inalterados en suplicación se declara que ‘la demandada había presentado en el Ayuntamiento de Gijón la solicitud de subvención que figura unida a la causa, acogándose a la convocatoria de éste para Ayuda para la Contratación por Cuenta Ajena incluida en el Plan Local de Empleo Estacional. La Comisión de Gobierno, en sesión celebrada el 27 de diciembre de 2000 acordó la concesión de aquélla en los términos que recoge la resolución admi-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

nistrativa que obra en las actuaciones'. Y en la solicitud a la que expresamente se remite la sentencia consta (folios 49 a 56 de los autos) que la Asociación recaba la subvención para la contratación eventual por seis meses de tres auxiliares administrativos para atender a la organización de las actividades y programas extraordinarios previstos para conmemorar el 50 aniversario de la Asociación.

Ante tales datos de indudable trascendencia jurídica para la calificación del vínculo laboral, la sentencia recurrida llega a conclusión opuesta a la de la referencial y confirma la resolución de instancia que había desestimado la demanda de despido y declarado ajustado a derecho el cese de la trabajadora. Para ello razona que si bien la redacción del contrato al aludir sólo al 'proyecto especial' no es lo suficientemente expresiva, 'ha de tenerse en cuenta que la presunción del art. 9 del RD 2720/1998 admite prueba en contrario'; y que "en el presente caso tal prueba es contundente ya que la contratación está vinculada a la subvención concedida a la empresa demandada por el Ayuntamiento de Gijón."

Asimismo, la **STSJ de Baleares de 7 de febrero de 2003**, I.L. J 1835 (recurso 704/2003), falla la inexistencia de relación laboral alguna, en un caso en que los servicios prestados por el actor no lo fueron dentro del ámbito de organización y dirección del empresario. Con este motivo, la Sala resume los requisitos y características que deben estar presentes en esta relación laboral.

"Es irrelevante, a los efectos pretendidos por el recurrente, que el actor fuera quien directa y personalmente prestara su labor, pues esta exigencia derivaba del contrato de 3 de noviembre de 1995, cualquiera que fuera la calificación jurídica del mismo (...). 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 su trabajos les desarrollara 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]."

La **STSJ de Canarias de 21 de marzo de 2003**, I.L. J 1856 (recurso 861/2003), declara la inexistencia de despido ante un supuesto de transmisión de empresas, regulada en el art. 44 del ET, al ser llamado el trabajador por la nueva empresa. Para la Sala: "Aceptado que ha existido una transmisión de empresas del art. 44 del ET, la conclusión obligada es la desestimación del recurso, al no existir como sostiene la parte recurrente, un despido".

De otro lado, la **STSJ de Cantabria de 10 de junio de 2003**, I.L. J 1931 (recurso 715/2003), desestima la existencia de despido en el supuesto de un trabajador extranjero sin permiso de residencia ni de trabajo. La nulidad del contrato implica la inexistencia tanto de despido, como de acción.

La Sala argumenta:

“Es requisito necesario entonces la tenencia simultánea de permiso de residencia y de permiso de trabajo, preceptos que son de derecho necesario, por pertenecer al orden público, siendo la carencia de tal requisito esencial una circunstancia que afecta a la capacidad de contratar, para determinar inexcusablemente su incumplimiento la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados, en íntima conexión con el art. 6.3. del Código Civil que dispone que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, y ello sin perjuicio de la obligación empresarial de retribuir el trabajo realizado en todo caso a fin de evitar un enriquecimiento injusto, de acuerdo con lo previsto en el art. 9.2 del ET, ya que este precepto reconoce el derecho a exigir, en el supuesto de contrato declarado nulo, la remuneración que correspondería a un contrato válido.

Es Doctrina constante, ya mantenida por el extinto Tribunal Central de Trabajo (SSTCT de 17 de mayo de 1983, 26 de abril de 1984, 28 de febrero de 1985) y antes incluso, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1982 y de 21 de marzo de 1997.

Todo ello supone la nulidad del contrato, la falta de acción y la inexistencia de despido, sin perjuicio del eventual derecho de la actora a percibir retribución pertinente, de acreditarse la relación laboral y, en el ámbito de un proceso distinto del despido.”

Asimismo, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de junio de 2003**, I.L. J 2025 (recurso 635/2003), desestima el despido ante un segundo despido *ad cautelam*, cuando el primero es declarado procedente, argumentándolo en torno a la existencia de una relación laboral única. Para la Sala:

“Aun cuando el despido implique, en primer término, una causa de extinción del contrato, art. 49.1.K) del ET, configurándose específicamente, en función de las previsiones legales contenidas en los arts. 54 y ss. del mismo texto legal, como un acto que dimana de la decisión unilateral del empresario, que por sí misma, sin la participación de ninguna otra persona o instancia, determina o conduce a la extinción de la relación jurídica que surgió a raíz de la firma del correspondiente contrato de trabajo y que se sustenta, en los supuestos de despido disciplinario, en la existencia de un previo incumplimiento grave y culpable del trabajador que vendría a justificar la imposición de la sanción de máxima gravedad en el ámbito laboral, sin embargo ello no implica, en absoluto que ese acto unilateral del empresario y determinante de la extinción de la relación laboral, no sea fiscalizable ante los órganos jurisdiccionales, los cuales pueden dejar sin efecto la aludida resolución del contrato de trabajo, restituyendo la vigencia y continuidad del mismo vínculo laboral, y siendo ello así nada obstaría a que durante la pendencia del procedimiento laboral en el que se deba decidir sobre la legalidad o no del despido y subsiguiente continuidad o no de la ruptura del vínculo laboral, el empleador pueda proceder *ad cautelam* a despedir de nuevo al trabajador para el supuesto de que el anterior despido fuese declarado nulo o improcedente, posibilidad esta que cuenta con el sustento que le brinda la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en Sentencias como las de fecha de 4 de febrero de 1991

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

y 9 de junio de 1997, en las cuales se admite la posibilidad de ese segundo despido *ad cautelam*, el cual, siempre y en todo caso dependerá, en orden a sus efectos, del pronunciamiento resolutorio del primero, de tal forma que, declarada la improcedencia de éste, si se optase por la readmisión nada impediría el análisis del segundo despido acaecido, el cual, contrariamente, carecería de toda significación, en el supuesto de que aquella extinción contractual fuese considerada como procedente.”

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CAUSAS QUE LO MOTIVAN

A la cuarta de las causas motivadoras del despido disciplinario, consistente en la *transgresión de la buena fe contractual* [art. 54.2.d) ET], se refiere expresamente la **STSJ de Galicia de 15 de mayo de 2003**, I.L. J 1591 (recurso 1391/2003), que confirma la procedencia del despido de un trabajador que, de forma grave y culpable, actuando consciente y dolosamente, realiza fotocopias en la empresa de nóminas de compañeros, y se lleva tres figuras de porcelana de un despacho. La Sala declara inaplicables los artículos 20 y 21 del Código Penal, alegando que los principios y circunstancias del Derecho Penal no son extrapolables al Derecho Laboral:

“Los hechos que se relatan constituyen un incumplimiento contractual basados en la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, como a tal efecto sostiene la magistrada de instancia y que determinan la sanción de despido al concurrir los hechos que se declaran probados las notas de gravedad y culpabilidad suficientes (...) sin que puedan ser trasladadas al supuesto que nos ocupa como sostiene el demandante las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuya inaplicación denuncia el recurrente con el escrito de recurso con base en los arts. 20 y 21 del Código penal en relación con el art. 54.2.d) del ET, por cuanto que los principios y circunstancias del derecho penal no son extrapolables al derecho laboral, obedeciendo a criterios de valoración distintos los mismos hechos en ambos órdenes jurisdiccionales; y ello, por un lado, porque la consideración de los Tribunales Laborales de que una conducta implica incumplimiento contractual o falta laboral, no incluye juicio alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente (STC 53/1995), pues el despido no es más que una resolución contractual y por tanto no conlleva la aplicación del derecho penal administrativo, y por otra parte las decisiones recaídas en la jurisdicción penal, no vinculan a las adoptadas en la jurisdicción social, así por ejemplo, la sentencia penal absolutoria por aplicación de trastorno mental transitorio como eximente de la responsabilidad criminal no excluye la posibilidad de despido (STS de 11 de mayo de 1990).”

Por el contrario, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2003**, I.L. J 1587 (recurso 562/2003), rechaza que exista transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo, al faltar el requisito de culpabilidad, en el caso de la utilización de bienes de la empresa con autorización de la misma, en un caso, y otros objetos calificados de “chatarra” que podían ser utilizados por los trabajadores en su beneficio. Para la Sala:

“Así los hechos, en el terreno jurídico el adecuado estudio de la cuestión debatida exige tener en consideración que el art. 54.2.d) del ET que se dice infringido ha sido interpretado por la doctrina jurisprudencial insistiendo en que las cuestiones situadas en el área disciplinaria o sancionadora de esta rama del ordenamiento jurídico, han de ponderarse todos sus aspectos, objetivos y subjetivos, pues los más elementales principios de justicia exigen una perfecta proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción, y en este orden de cosas, no puede operarse objetiva y automáticamente, sino que tales elementos han de enlazarse para buscar en su conjunción la auténtica realidad jurídica que de ella nace, a través de un análisis específico de cada caso, pues en definitiva se juzga sobre la conducta observada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Por tanto, para llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es grave y culpable se deben, como regla, valorar todas las circunstancias concurrentes no sólo en lo afectante al hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece.”

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 STS (Sala 4ª) de 29 de septiembre de 2003, I.L. J 1553 (recurso de casación para unificación de doctrina 4126/2002). Al no apreciar una mínima similitud de las situaciones entre las sentencias comparadas, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra sentencia impugnada. Ésta llegó a la conclusión de que el despido “objetivo” del recurrente fue adecuadamente calificado como procedente, al tener origen la decisión extintiva del contrato de trabajo en el cambio de sistema de comercialización adoptado por la sociedad, con cesión de negocio a otra empresa, de tal forma que, estando el actor disconforme con la subrogación, su despido se debió a la amortización del puesto de trabajo. Para la Sala:

“De lo anterior se desprende que no existe entre la situación que contempla la sentencia de contraste y la que motivó la decisión de la recurrida, no ya la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para que esta Sala pueda llevar a cabo su función unificadora de la doctrina, sino que tampoco existe una mínima similitud de las situaciones entre ambas, pues al margen del dato trascendental de que en la sentencia recurrida se trata de un despido objetivo por causas organizativas y en modo alguno económicas, en la de contraste se describe una situación equivalente a la simulación fraudulenta de pérdidas de una sociedad, que se confundía realmente con la otra, formando de hecho una sola, por lo que no era lícito pretender la existencia de pérdidas en una de ellas, máxime cuando se acreditó la existencia de maniobras para descapitalizar una de ellas, en perjuicio de aquélla en la que prestaban servicios formalmente los despedidos.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Por otra parte, en los despidos objetivos basados en causas técnicas, organizativas o productivas no es necesario que la causa alegada 'haya de ser valorada y contrastada en la totalidad de la empresa', bastando con que se acredite 'exclusivamente en el espacio en el que se ha manifestado la necesidad de suprimir el puesto de trabajo' (STS de 13 de febrero de 2002, STS de 19 de marzo de 2002), con lo que la decisión de la sentencia recurrida en este punto sería conforme a la jurisprudencia y el motivo adolecería no sólo del requisito de identidad sustancial de los supuestos examinados, sino también de contenido casacional. En cualquier caso, de los anteriores razonamientos se desprende la necesidad de inadmitir este primer motivo del recurso.

El segundo de los motivos del recurso se refiere a la necesidad de que en los despidos por causas objetivas 'la empresa acredite realmente la concurrencia de tales causas, sin que baste una alegación genérica de su existencia, para excluir que el despido obedezca a razones discriminatorias o de otro tipo'. Como sentencia de contraste invoca el recurrente en este punto la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, de 21 de mayo de 1997. En ella se resuelve sobre el despido objetivo de un trabajador, con efectos desde el 25 de mayo de 1995, basándose la decisión empresarial en la reestructuración del departamento de mantenimiento, en el que hasta ese momento prestaban servicios cuatro trabajadores y como consecuencia de la invocada necesidad organizativa, pasarían a atenderlo sólo tres, en turnos de mañana y tarde, cubriendo el tercero de ellos las libranzas y vacaciones. Tal y como consta en hechos probados, el trabajador desarrolló en la empresa una intensa actividad sindical, cursando diversas denuncias frente a la empresa que motivó la intervención de la Inspección de Trabajo y la Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía. Estas circunstancias determinaron que el Juzgado de lo Social número 7 de los de Málaga, en Sentencia de 25 de julio de 1995, declarase el despido nulo, por entender que el verdadero motivo del despido no era el invocado en la carta, sino precisamente esa actividad sindical del demandante. La empresa recurrió en suplicación y la Sala de lo Social de Málaga, en la sentencia que hoy se invoca como contradictoria desestimó el recurso y confirmó la decisión de instancia. Para ello, en primer lugar ratificó la declaración de nulidad por las razones indicadas en la sentencia recurrida. Después, aun no siendo necesario, pasó a analizar el segundo motivo del recurso planteado por la empresa referido al alcance del artículo 52.c), en relación con el 51.1 del Estatuto de los Trabajadores en ese caso concreto. Conviene decir que la redacción del precepto entonces vigente, derivada de la Ley 11/1994, contemplaba la posibilidad de llevar a cabo la amortización de puestos de trabajo 'por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1' y éste, a la hora de determinar qué había de entenderse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, decía que podía entenderse que concurrían tales causas cuando la adopción de las medidas —en este caso organizativas— contribuyese 'a garantizar la viabilidad futura de la empresa y del empleo (...)'. La sentencia de contraste interpreta esos preceptos y concluye diciendo que al no acreditarse que en ese caso la medida acreditase esas garantías, el motivo del recurso no podría prosperar.

De lo anterior se desprende con claridad que entre la sentencia que se acaba de analizar y la recurrida no existe en absoluto la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que aduce el recurrente.

En primer lugar, porque la sentencia impugnada no analiza la existencia de una posible vulneración de derechos constitucionales del recurrente como motivo o causa real del despido. Ya se ha visto que el actor invocó esos argumentos en su demanda, que fueron implícitamente rechazados en la sentencia de instancia y que el trabajador se aquietó con esa decisión al no recurrir la misma en suplicación, por lo que la sentencia que hoy se recurre en casación sólo abordó el problema relativo a la existencia de las causas organizativas invocadas por la empresa como causa del despido.

En segundo lugar, porque la redacción de los artículos 52.c) y 51.1 que aplicó la sentencia recurrida son distintos a los de la sentencia de contraste. La sentencia del TSJ de Asturias, dada la fecha de los hechos, aplicó ya la modificación operada por el artículo 3 del RDL 8/1997, de 16 de mayo, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, redacción confirmada por el artículo 3 de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de forma que los motivos del 52.c) se perfilan con un nuevo alcance cuando se dice que el empresario acreditará en las causas técnicas, organizativas o de producción que la medida contribuye a ‘superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos’.

En consecuencia y de conformidad con lo que se ha razonado hasta ahora, es preciso afirmar que no existe la pretendida contradicción entre la sentencia recurrida y las que se invocan como contradictorias, tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, por lo que en este trámite procesal procede la desestimación del recurso. La Sala, como antes se dijo, es consciente de que los despidos de los dos trabajadores afectados se basaron en las mismas causas y obtuvieron respuestas judiciales previas al recurso de casación para la unificación de doctrina idénticas. No obstante, en el momento de interponer sus respectivos recursos, optaron por invocar en cada uno de ellos sentencias de contraste diferentes, con el resultado que antes se ha descrito, lo que determina y justifica que las soluciones que esta Sala haya de dar sean también distintas.”

La STSJ de Madrid de 16 de junio de 2003, I.L. J 1689 (recurso 2792/2003), 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. Para que la extinción sea improcedente debe constar la desconexión entre el puesto del trabajador y la causa. La Sala, en su FJ 2º, razona:

“Para considerar improcedente la extinción debe constar de manera muy clara la desconexión entre el puesto del trabajador seleccionado y la causa, pues en principio y con los límites generales antes aludidos habrá de reconocerse la posibilidad de elección de la empresa en virtud de sus facultades de dirección y control y de movilidad funcional. En el caso de la actora, era operaria de producción junto con otros 11 compañeros y aunque el momento del despido de forma habitual trabajaba en el modelo que se sigue produciendo, a lo largo de su contrato ha realizado diversas funciones y ha rotado en todas las actividades

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

de la empresa, por lo que no existe una vinculación tan intensa con el puesto de trabajo –por circunstancias de preparación específica, dedicación permanente, u otras que pudieran considerarse– que permitan excluirla radicalmente de la afectación de la medida extintiva.”

La **STSJ de Madrid de 20 de mayo de 2003**, I.L. J 1640 (recurso 359/2003), declara la procedencia de un despido por causas objetivas ante la existencia de pérdidas económicas importantes cuya consecuencia es el reajuste entre las fuerzas del trabajo y las necesidades de la producción. Para la Sala:

“Los hechos descritos evidencian una situación importante de crisis económica de tal manera que, como señala la STS de 29 de mayo de 2001, la necesidad objetivamente acreditada de amortizar el puesto de trabajo concurre en su manifestación más apremiante de pérdidas continuadas del negocio. En estos supuestos, según jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS de 17 de abril de 1996) la acreditación de la razonabilidad en términos económicos del acuerdo de extinción de uno o varios contratos de trabajo suele ser más fácil ya que tal medida reduce directamente los costes de funcionamiento de la empresa aumentando con ello las posibilidades de superación de su situación negativa.”

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 2003**, I.L. J 1606 (recurso 845/2003), al abordar el estudio de la finalidad del despido por causas objetivas basado en causas económicas, lo identifica con la superación de situaciones económicas negativas. La Sala alega que el empresario no está obligado a adoptar medios complementarios, sino que basta con acreditar que la amortización del puesto ayuda a superar la situación económica. La Sala apoya su fallo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, SSTS de 24 de abril y 14 de junio de 1996, 28 de enero de 1998 y 6 de abril de 2000.

“Las causas económicas se concretan en el resultado de la explotación sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y beneficios; que conforme al texto legal siempre ha de ser negativa.

Respecto a la eventual exigencia de un plan de viabilidad, la doctrina jurisprudencial (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2002) ha establecido que el empresario no está obligado a adoptar, ni mucho menos a probar, la existencia de otros medios complementarios incluidos en un plan de viabilidad, sino sólo a acreditar que la medida ayuda, razonablemente, a superar, nunca a garantizar, la situación negativa.”

Siguiendo la línea jurisprudencial señalada, las **SSTSJ de Madrid de 13 de mayo y 24 de junio de 2003**, I.L. J 1646 y 1676 (recursos 4793/2002 y 1277/2003) declaran procedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de las trabajadoras demandantes, dada “ la existencia de pérdidas económicas de la empresa y el cese de la actividad empresarial”, alegando 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. Razona el TJSJ de Madrid:

“Acreditado por el empresario la existencia de pérdidas económicas y el cese efectivo de la actividad empresarial, se está en el caso legalmente correcto de proceder a la extinción

contractual ostentando las trabajadoras el derecho a percibir las cantidades previstas en el art. 53 del ET que en lo que se refiere a indemnización es de veinte días por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores y hasta un máximo de doce mensualidades” (I.L. J 1646).

“De la precisa Sentencia y de las pautas interpretativas del art. 52.c) contenidas en la STS de 4 de octubre de 2000, se desprende que sobre el empresario pesa la carga de probar que su organización productiva ha sufrido modificaciones y acreditada esta realidad, no debe entrar a discernir el origen o la finalidad de las mismas, gozando el empresario de libertad para modificar la estructura de su empresa.

La medida de extinción es una más de la que podría razonablemente adoptar cualquier empresario diligente cuyo margen de discrecionalidad a la hora de elegir entre las diversas medidas posibles no puede ser judicialmente cercionado pues goza de albedrío para organizar su empresa” (I.L. J 1676).

Finalmente, la **STSJ de Cantabria de 24 de junio de 2003**, I.L. J 1925 (recurso 824/2003), juzga procedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, organizativas o de producción, concurrentes en un centro de trabajo. La Sala argumenta, basando su fallo en las SSTS de 13 de febrero y 19 de marzo de 2002:

“Ninguna duda cabe que la redacción dada al citado precepto [art.52.c) ET] a raíz de su modificación por el RD-Ley 8/1997, de 16 de mayo, posteriormente convertido en Ley 63/1997, amplía considerablemente las posibilidades del empresario para acogerse a este privilegiado método de resolución de los contratos de trabajo, porque ya no es necesario que se encuentre en peligro la viabilidad futura de la empresa, como anteriormente se exigía, y basta que se pruebe la concurrencia de dificultades que inciden en el buen funcionamiento de la misma. La cuestión que se suscita, en segundo término, es si la necesidad de amortizar un puesto de trabajo es una circunstancia a valorar exclusivamente en relación con el centro de trabajo o la unidad productiva afectados por la medida o, por tener superior dimensión conceptual, habría de ponderarse en todo el ámbito de la empresa (...) A la vista de la unificación de doctrina, plasmada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero y 19 de marzo de 2002, en las que tras distinguir entre causas económicas y las organizativas y productivas, señalan que: “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, de manera que si lo que sobra es mano de obra y así se ha constatado como causa para la extinción de los contratos, la amortización de los puestos de trabajo es la consecuencia de tal medida y no impone la legalidad vigente la obligación del empresario de reforzar con el excedente de mano de obra en esa unidad otra unidad que se encuentre en situación de equilibrio.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La STSJ de Madrid de 20 de mayo de 2003, I.L. J 1638 (recurso 895/2003), declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de sus contratos. Para ello, la Sala, razona:

“El dato fáctico no consta debidamente acreditado y que se contradice con el hecho cierto de la realización de horas extraordinarias, en jornada ampliada de tarde, por parte de los dos trabajadores empleados en el laboratorio, y que se ha ido incrementando desde el año 1998 hasta el año 2001 (Hecho Probado Octavo y Fundamento de Derecho Cuarto). En atención a lo expuesto se ha de concluir por la Sala que no consta debidamente acreditada la causa legal indicada en la notificación extintiva de fecha 30/04/02, lo que ineludiblemente determina la declaración de improcedencia de los despidos de los trabajadores empleados en el laboratorio, a tenor de lo dispuesto en el art. 122 del RDL 2/1995, de 7 de abril” (FJ 2º).

En el mismo sentido, la STSJ de Baleares de 5 de marzo de 2003, I.L. J 1844 (recurso 528/2002), juzga improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas del trabajador demandante, debido a que el despido se produjo año y medio después del contrato con otra empresa para la gestión de los talleres; y la empresa continúa con todo su personal laboral en los departamentos de talleres y almacén. Para la Sala:

“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 de lugar a la causa organizativa que determina la legalidad de la extinción del contrato del actor.

En cuanto a la causa principal del despido objetivo, consiste en haber quedado sin contenido el puesto de trabajo de jefe de taller; la sentencia de instancia entiende que no se justifica tal medida por el hecho de haber pasado a la responsabilidad de otra empresa la gestión de los talleres y almacén, ya que entre otras razones el despido objetivo del actor se produce hasta un año y medio después del contrato con la misma, así como ello ha supuesto ascensos y aumentos salariales, a lo que hay que añadir las razones que se expusieron anteriormente, de que la empresa sigue manteniendo los departamentos de talleres y almacén con todo su personal laboral, por lo que no es posible que las funciones de los máximos responsables de los mismos sean transferidos a personal ajeno a la empresa.”

Asimismo, la STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2003, I.L. J 1946 (recurso 603/2003), declara improcedente la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas de los trabajadores demandantes, al no estar justificada ni haber acreditado la concurrencia de la causa en que se basa para acordar la extinción de su contrato. La Sala, argumenta tomando en consideración la doctrina judicial emanada del Tribunal Supremo en Sentencias de 2 de noviembre de 1993, 19 de enero de 1994, 23 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1997 y 29 de enero de 2001.

“La calificación de despido improcedente es la que resulta aplicable a un despido en el que no se acredita la causa invocada por el empresario, sea ésta disciplinaria o de otra naturaleza, cuando no se está en ninguno de los supuestos del art. 108.2 de la LPL. El denominado despido fraudulento, de creación jurisprudencial, no resulta ya conciliable con la nueva regulación de los efectos del despido. Esta doctrina es aplicable también a los supuestos en los que, como en el presente caso, se establece el motivo real del despido, pero éste no tiene la protección del ordenamiento, porque cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de improcedente.”

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

A) La caducidad de la acción

La STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2003, I.L. J 1637 (recurso 475/2003), rechaza la excepción de caducidad de la acción de despido, argumentando que el cómputo del plazo se reanuda a partir de la firmeza del auto que estima la declinatoria y no desde la fecha de notificación de dicho auto. Para la Sala: “Si la acción estuviera sometida a plazo de caducidad se entenderá suspendida desde la presentación de la demanda hasta que la sentencia que estime la declinatoria quede firme”.

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 supuesto en el que, a pesar de no aportarse certificado de intento de conciliación, se deduce su existencia de la alegaciones de la empresa, por lo que, en virtud del principio de conservación de los actos procesales, no procede la declaración de nulidad de las actuaciones. 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.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La **STSJ de Madrid de 20 de mayo de 2003**, I.L. J 1641 (recurso 391/2003), revoca la sentencia de instancia y declara la procedencia del despido efectuado a un trabajador que ha faltado a su trabajo, se trata de un supuesto de despido verbal que no se prueba, y la Sala considera la existencia de faltas injustificadas tipificadas como falta muy grave. La Sala argumenta:

“La sala no puede compartir el criterio de la juzgadora de instancia por cuanto, los actores justifican sus ausencias en un supuesto de despido verbal acaecido con fecha 10 de abril de 2002, sin que se haya acreditado por ningún medio de prueba el hecho del citado despido verbal, de modo que ineludiblemente las faltas de asistencia al trabajo devienen injustificadas, y tipificadas en el artículo 35.1 del Convenio Colectivo del Comercio del Metal de la Comunidad de Madrid (BOCAM de 5 de abril de 2002), como un falta muy grave, susceptible de ser sancionada por la empleadora, con el despido, debiendo la Sala declarar que la calificación empresarial es adecuada, y por ende, los despidos han de ser calificados como procedentes a tenor de lo dispuesto en el art. 55.4 del RDL 1/1995, de 24 de marzo.”

Diversas resoluciones judiciales declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios por ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [art. 54.1.c) ET]. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2003**, I.L. J 1615 (recurso 564/2003), confirma la declaración de procedencia del despido de un trabajador que incurre en un incumplimiento contractual grave y culpable al agredir físicamente al representante del empresario. Para la Sala la conducta probada del trabajador (consistente en el lanzamiento de un ladrillo que golpeó la pierna del administrador y utilización de arma blanca con la que le hirió):

“Constituye un incumplimiento contractual grave y culpable, recogido en el art. 54.2.c) del Estatuto de los Trabajadores consistente en la agresión física a empresario o representante, que desde luego no viene justificada en modo alguno en previa provocación del agredido, tal como se desprende del relato de los hechos de la sentencia; incumplimiento que justifica la medida disciplinaria del despido adoptada por el empresario; por lo que el recurso debe desestimarse, confirmándose la sentencia de instancia por ser conforme a derecho”.

Asimismo, la **STSJ de Galicia de 17 de junio de 2003**, I.L. J 1675 (recurso 1858/2003), estima la procedencia del despido de un trabajador basado en la sustracción del producto de desecho que la empresa dedicaba a la venta, por incurrir en un incumplimiento grave y culpable des sus obligaciones contractuales. Para la Sala:

“el hecho probado de la sustracción del producto de desecho que la demandada dedicaba a la venta, durante los 5 días del mes de julio de 2002 que han quedado probados, revela, por su parte un claro incumplimiento contractual grave y culpable subsumible en los arts. 54.2.d) y 55.4 del ET, determinante de la sanción de despido que la ha sido impuesta”.

La **STSJ de Baleares de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 1852 (recurso 60/2003), declara la procedencia de un despido disciplinario basado en la desobediencia del trabajador al abandonar su puesto de trabajo, incumpliendo, con ello, su jornada laboral. Para la Sala:

“La asignación del tercer servicio por la empresa era legítima y no puede tacharse de arbitraria ni abusiva, pues respondía, además, a la necesidad imprevista de cubrir la baja de otro conductor indispuerto. No considerando conforme a la buena fe exigir un rigor estricto en la aplicación de normas sobre horario de trabajo de un servicio tan fluctuante como es trasladar viajeros.”

De otro lado, la **STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2003**, I.L. J 1631 (recurso 5860/2002), declara procedente el despido disciplinario, basado en la transgresión de la buena fe contractual, de un trabajador que utiliza de forma privada inadecuada y excesiva un ordenador de la empresa, para visitar páginas “webs” de contenido sexual. Para la Sala:

“La medida de realizar una copia de seguridad del disco duro del ordenador asignado al actor, herramienta de trabajo y propiedad de la empresa y proceder a verificar su contenido, resulta una medida adecuada y correcta por cuanto el usuario siempre y en todo momento fue advertido de la posibilidad de supervisión y control empresarial, de tal manera que si la utilización privada fue excesiva o inapropiada, ello se debió a la imprudencia del trabajador que decidió ignorar la advertencia empresarial de, incluso, adoptar las correcciones disciplinarias correspondientes. La medida es necesaria por cuanto es el único medio que la empresa tiene no de restringir el uso, que tolera dentro de ciertos límites, sino el abuso, siendo evidente que notificar al trabajador cuando se va a realizar la inspección conllevaría la destrucción y desaparición de la prueba, y por tanto de todo vestigio de una conducta irregular.”

En el mismo sentido, la **STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2003**, I.L. J 1634 (recurso 1203/2003), declara la procedencia de un despido disciplinario, basado en la transgresión de la buena fe contractual. Razona que tal principio condiciona el uso del mecanismo informático, medio de comunicación del empresario, a su finalidad, no siendo lícito el seguimiento de la empresa para comprobar quién es el dueño del portal, su gestión y si concurre con la actividad de la empresa. 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.

Ya el Tribunal Constitucional habló de proporcionalidad de medios y fines y derechos en colisión que el presente caso despeja definitivamente al ser público el destino (portal informático de internet) a partir del cual –la propia recurrente refiere que la primera consulta de 23 de enero de 2001– no es lícito el seguimiento para comprobar quién es el dueño del portal, su finalidad, su gestión y si ésta concurre con la actividad empresarial o tiempos de trabajo del propietario –gestor del mismo– a quien se retribuye precisamente para analizar sistemas informáticos.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Asimismo, las SSTSJ de Baleares de 10, 22 de febrero y 20 de marzo de 2003, I.L. J 1838, 1832 y 1843, (recursos 686/2002, 526/2002 y 72/2003), fallan la procedencia de los respectivos despidos disciplinarios, basados en la transgresión de la buena fe contractual. La primera de ellas, enjuiciando la falta de entrega de billetes a los usuarios del transporte que han abonado su importe. La segunda, analizando el caso de un trabajador que incurre en competencia ilícita o concurrencia desleal, debido a que el mismo, sin autorización ni consentimiento de la empresa, atiende a pacientes y trabaja y gestiona una entidad cuyo objeto social es “practicar pruebas de evaluación de daño corporal y fisioterapia”. La tercera resolviendo el supuesto en el que un trabajador que retira una cantidad de dinero de la empresa para su uso personal, tras el arqueo de caja, sin dejar anotación ni justificante.

Finalmente, las SSTSJ de Baleares de 30 de abril y 20 de junio de 2003, I.L. J 1873, 1955 (recursos 168/2003 y 2115/2003), declaran la procedencia de sendos despidos disciplinarios, basados, asimismo, en la transgresión de la buena fe contractual. El primero de ellos, basado en la conducta fraudulenta del actor que, en situación de Incapacidad temporal por lumbalgia, teniendo prescrito reposo, es observado jugando un partido de “Squash” durante una hora. “La conducta quebró el tratamiento médico prescrito, que el actor, en el plano laboral, tenía la obligación de respetar”. El segundo supuesto, fundado en que “la obediencia debida del trabajador no justifica la cooperación en irregularidades cometidas en la empresa” y en que “para apreciar el incumplimiento de la buena fe contractual no es necesaria la existencia de un lucro personal o de daños a la empresa”.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

La STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de marzo de 2003, I.L. J 1579 (recurso 200/2003), analiza la improcedencia del despido efectuado en un supuesto de contratación temporal. Afirma que el contrato de interinidad se termina cuando se incorpora la persona objeto de sustitución y no por la baja en la empresa de persona distinta a la sustituida. Para la Sala:

“La comunicación de despido que se le hace a la trabajadora demandante es debido a que es también baja en la empresa otra distinta trabajadora, que no es la que era titular del puesto que ocupaba interinamente (hecho probado tercero). Luego no era viable pretender, con apoyo en tal circunstancia, la terminación de la vinculación interina existente con la demandante, tal y como acertadamente entendió la Sentencia recurrida. Puesto que el contrato de tal naturaleza, solamente se termina cuando se reincorpora quien es objeto de la sustitución [art. 4.2.b) Real Decreto de 18 de diciembre 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 Madrid de 20 de mayo de 2003, I.L. J 1644 (recurso 581/2003), al analizar un supuesto

de despido improcedente, argumenta que la sanción ha de responder a la exigencia de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta. La Sala falla a favor de la improcedencia del despido efectuado porque no se ha podido determinar qué trabajador fue el instigador inicial de la agresión física y verbal, por lo que el despido del actor es sanción desproporcionada. Asimismo, la **STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2003**, I.L. J 1599 (recurso 1996/2003), falla a favor de la improcedencia de un despido aplicando la doctrina gradualista. Para la Sala el hecho de que un trabajador, en un supuesto de incapacidad temporal, haya sido visto poniendo algún café en la empresa, se ve desprovisto de proporción entre la infracción y la sanción de despido.

Asimismo, la **STSJ de Madrid de 18 de junio de 2003**, I.L. J 1678 (recurso 1153/2003), declara el despido improcedente ante la inexistencia de transgresión de buena fe entre dos empresas (de la demandada y de aquella donde presta al actor su segunda actividad) al no tener éstos el mismo objeto, ni realizar las mismas actividades, ni ser de la misma naturaleza, ni realizarse por el actor su actividad de forma oculta. Para la Sala:

“La buena fe contractual obliga al trabajador a no hacer ‘concurrencia desleal’ al empresario (arts. 5 y 21 del ET). Y también es verdad, que la lesión de la buena fe contractual puede producirse, como ha señalado la jurisprudencia, por la existencia de un acto o ‘elemento intencional revelador de una pretendida conducta desleal’ –S. 17 de abril de 1984–. La lealtad a la empresa obliga al empleado, entre otras cosas, a no aprovecharse indebidamente de su reputación o esfuerzo; a no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la misma; y a mantenerla informada de manera puntual de las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus intereses. Por su parte la STS de 22 de octubre de 1990 establece que los arts. 21.1 y 54.2.d) ET son los que plantean la cuestión medular del litigio y recurso. Con ello se trata de determinar el concepto de concurrencia desleal y la incidencia de esta conducta en la causa del despido tipificada como ‘transgresión de la buena fe contractual’. La concurrencia se da sin duda, cuando se despliega una actividad productiva en empresa distinta y que tiene el mismo objeto que la que padece la competencia (...) No hay una tipificación legal de deslealtad, pero ésta se da, sin duda, cuando la empresa no presta su consentimiento a esta concurrencia y así fue declarado por esta Sala en S. 26 de enero de 1988 al afirmar: ‘se entiende que constituye competencia desleal la actividad consistente en realizar tareas laborales de la misma naturaleza o forma de producción de las que se ejecutan en virtud del contrato de trabajo sin consentimiento del empresario’.”

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2003**, I.L. J 1587 (recurso 562/2003), juzga un despido improcedente ante la inexistencia de transgresión de buena fe y abuso de confianza, en el supuesto de utilización “con autorización” de los bienes de la empresa por los trabajadores en su beneficio, al no tratarse de un incumplimiento grave y culpable. La Sala, fundamenta este supuesto:

“El demandante se guió por una creencia lícita en su conducta, lo que incide en la falta de culpabilidad. Su inmediata reacción de reparar el eventual daño ante el conocimiento de

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

la supuesta ilegalidad de su conducta, conocimiento que le vino externa y posteriormente (principalmente por el Concejal de obras), y la realización de los hechos de manera abierta, sin ocultación, ni engaño, contando con el conocimiento y ayuda de otros trabajadores, denota en el caso la falta de culpabilidad y en todo caso entidad agravatoria de los hechos, conclusión que determina el acierto de la Magistrada al calificar como improcedente el despido.”

De otro lado, la **STSJ de Extremadura 11 de junio de 2003**, I.L.J 1757 (recurso 351/2003), declara la improcedencia de un despido, ante la inexistencia de nulidad del mismo, en un caso en que el empresario ha probado que el motivo del despido es que el actor no prestó servicios fuera de la jornada y horario establecidos, y no acabó el inventario, pero – considera el Tribunal– tal actuación no supone incumplimiento contractual. Para la Sala:

“Hay que empezar por dejar sentado que ni en el convenio ni en ninguna otra norma se establece la obligación de quien sea encargado de un establecimiento, o jefe se sucursal en la denominación del convenio, de permanecer en el centro de trabajo más allá de la jornada de trabajo que esté establecida (...) En consecuencia, todo lo que exceda de la jornada y del horario establecido en el calendario laboral o, en su defecto en el convenio, han de considerarse horas extraordinarias a tenor de lo dispuesto en el art. 35.1 del ET y la negativa del actor a trabajar fuera del horario del convenio, no constando otro acordado, es un rechazo a realizar horas extraordinarias (...) y según el art. 35.4 del ET la prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntario salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, así nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1987 (...) y se concluye que la desobediencia que tipifica el apartado b) del art. 54.2 del ET requiere que la misma sea imputable al demandante lo que no se da en el presente caso al depender de la voluntad del trabajador la realización de horas extraordinarias (...) Así, si el empresario se excede de los límites de autoridad que tiene marcados por las normas legales, puede el trabajador desobedecer legítimamente sin incurrir en infracción (...) Por todo ello, no cabe sino concluir que el actor estaba en su derecho cuando se negó a trabajar fuera de su jornada y del horario establecido.”

Por su parte, la **STSJ de Baleares 19 de junio de 2003**, I.L.J 1912 (recurso 313/2003), declara la improcedencia de un despido, basado en la prescripción de la falta debido al transcurso de más de seis meses desde su comisión, sin que existiese clandestinidad u ocultación en la comisión de la misma. Razona la Sala:

“Cierto es que el Tribunal Supremo señala que tratándose de faltas laborales cometidas de manera clandestina y con ocultación maliciosa y eludiendo los posibles controles del empresario, se viene admitiendo que el plazo de la prescripción larga empece a correr no desde que la falta se produjo sino desde que el empresario tuvo conocimiento de ella y pudo ejercer sus facultades disciplinarias (...) No parece que existan circunstancias excepcionales a que se refiere la citada doctrina.”

La **STSJ de Madrid de 23 de junio de 2003**, I.L.J 2040 (recurso 2849/2003), falla la improcedencia del despido de un trabajador, contratado por obra o servicio determinado, ante la falta de operatividad de la causa alegada por la empresa y consignada en el contrato.

Entiende el Tribunal que la causa de extinción es la liquidación de la empresa, al margen de la finalización de la obra o servicio objeto de aquél. La Sala, fundamenta este supuesto en los siguientes términos:

“Al encontrarse la demandada en fase de liquidación por imposición del art. 31 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, carece de actividad alguna ‘al margen de cualquier subvención para formación profesional’ que es causa distinta de la prevista en el art. 49.1.c) del ET, pues no está operando entonces la causa consignada válidamente en el contrato, cual es la realización de la obra o servicio objeto de contrato –art. 49.1.c) del ET en relación con los arts. 15.1.a) ET y 8.1.a) del RD 2720/1998–, sino cualquiera de las previstas en los apartados i) y l) del citado precepto, en razón a haber sobrevenido otras circunstancias, cual es la liquidación de la entidad demandada, que hace inviable la continuidad de la prestación de servicios del actor, así como la de los demás trabajadores al servicio de la empresa, aunque no hubiese concluido la realización de la obra o servicios pactados.”

De otro lado, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2003**, I.L. J 2038 (recurso 869/2003), al analizar un supuesto de despido improcedente, por ausencias al trabajo, en fase de ejecución de sentencia firme por modificación sustancial de las condiciones de trabajo, argumenta que las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia se llevan a efecto pese a su impugnación y declara el despido improcedente. La Sala, fundamenta este supuesto:

“Como quiera que dicha resolución contractual no es más que un modo legal de ejecutar la sentencia, resolución acordada en el Auto de 29 de mayo de 2002 y notificada al trabajador el día 5 de junio del mismo año, dicha resolución contractual es directamente ejecutiva, aunque la resolución judicial que la determine sea objeto de recurso; pues así se desprende del contenido del art. 244.1 de la LPL en cuanto que prevé que, salvo los supuestos de excepción previstos en la Ley, las resoluciones dictadas en ejecución se llevarán a efecto no obstante su impugnación.

De todo ello se concluye que el trabajador no está obligado a permanecer en su puesto de trabajo en tanto el Auto de ejecución de sentencia que declara extinguida la relación laboral alcance firmeza; ni, consiguientemente, pueda ser despedido si deja de realizar la prestación laboral, una vez se le notificó el Auto de ejecución.”

Asimismo, la **STSJ de Asturias de 13 de junio de 2003**, I.L. J 1959 (recurso 3817/2002), 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

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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.”

En sentido análogo, la **STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2003**, I.L. J 1189 (recurso 216/2003), enjuicia un supuesto de incapacidad temporal iniciada después de la fecha del despido que es declarado improcedente. La empresa optó por la indemnización y la relación laboral se extinguió con el despido, por lo que no cabe exigir al empresario el abono de las prestaciones económicas de incapacidad temporal. Según la Sala:

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

Asimismo, la **STSJ de Baleares de 12 de febrero de 2003**, I.L. J 1837 (recurso 694/2002), declara la improcedencia del despido disciplinario, al confirmarse que el actor se limitó a quejarse de los cambios de turno ante sus compañeros y ante la gerencia de la empresa en la que presta sus servicios. Por tanto, su conducta no afectó a su servicio público al no trascender del ámbito interno de la propia empresa, no incidiendo en las prestaciones del demandante. La Sala argumenta:

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

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La **STSJ de Galicia de 23 de mayo de 2003**, I.L. J 1594 (recurso 1972/2003), en un caso de despido improcedente al no haberse concluido la obra para la que el trabajador fue contratado –no por irregularidades en la contratación– reconoce el derecho de opción a un trabajador por aplicación del convenio colectivo. El razonamiento de la Sala es el siguiente:

“De conformidad con el art. 56 del convenio colectivo citado, en el caso de declararse improcedente el despido, el trabajador tendrá la opción de retorno al trabajo, y si bien es cierto que existe una reiterada doctrina jurisprudencial de que la opción a favor del trabajador (prevista como mejora por las normas paccionadas), no puede alcanzar a los empleados temporales cuando el contrato se convierte en indefinido por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación laboral, dicha doctrina, no es aplicable al caso de autos, pues el despido se reconoce improcedente, por no haber concluido la obra o servicio para la

que fue contratado el actor, sin que en ningún caso se hubiere declarado la relación como indefinida, por supuestas irregularidades en los contratos temporales celebrados como eventuales o interinos”.

La STSJ de Castilla y León de 2 de julio de 2003, I.L. J 2053 (recuso 626/2003), ante un supuesto de despido improcedente, con readmisión regular, analiza el mantenimiento de la categoría, trabajo y salario del trabajador afectado y sostiene que la modificación del horario se deriva del ejercicio del *ius variandi* al derivar de la finalización del arrendamiento de servicios entre el empresario y el Ayuntamiento. Para la Sala:

“De las anteriores circunstancias que se acaban de exponer, ha de concluirse que la readmisión fue regular, respetándose categoría y trabajos a realizar por el actor, y no habiéndose alegado que no se hubiese respetado el salario, ha de entenderse que éste también fue respetado, y dado que, el que el lugar de trabajo haya sido variado (sólo calle pues es la misma localidad) ello se debe a que la demandada cesó en su prestación de arrendamientos de servicios al Ayuntamiento, lo que evidencia que la misma no varió la ubicación de la oficina de forma unilateral y voluntaria, y tomándose en consideración que el cambio de horario, habiéndose mantenido la similitud de las condiciones laborales respecto con las anteriores al despido, no puede considerarse modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pudiendo encontrarse tal modificación dentro de una correcta utilización y ejercicio del *ius variandi* (art. 39 del ET) al derivar de la finalización del arrendamiento de servicios entre la demandada y el Ayuntamiento.”

a) Salarios de tramitación

La STS (Sala Cuarta) de 30 de septiembre de 2003, I.L. J 1746 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 3868/2001), 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 dictada por el Tribunal Supremo. La Sala argumenta:

“El tema de debate se circunscribe, como acertadamente advierte el Ministerio Fiscal en su dictamen, 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 artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, al que se remite el artículo 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 tramita-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ción'. 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.

La duda surge en torno al día final pues, mientras la sentencia recurrida mantiene que los salarios de tramitación se deben limitar al día en que fue notificada la sentencia de instancia, el trabajador entiende que debe fijarse tal fecha en la notificación de la sentencia de suplicación que declaró responsable de las consecuencias derivadas del despido a la empresa. El precepto mencionado no contempla situaciones como la que se analiza, pero el propósito del legislador aparece claramente expresado, pues de lo que se trata es de determinar las consecuencias que un despido va a acarrear al verdadero responsable de la extinción del contrato de trabajo, con independencia de lo que se haya podido defender en los pronunciamientos posteriores; lo que en realidad ha ocurrido es que la sentencia de suplicación parte de la base de que la relación laboral extinguida vinculaba al trabajador demandante y a la empresa, cuya decisión es calificada como improcedente, y esa circunstancia debe acarrear las consecuencias previstas en el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, importando poco que la sentencia de instancia hubiera entendido que era otro el empresario autor del despido, en cuanto que dicho pronunciamiento quedó anulado y sin efecto alguno. Aunque las situaciones no sean absolutamente comparables, la contemplada por nuestra sentencia de 21 de octubre de 2002 arroja luz suficiente para resolver el problema planteado; en aquel caso se trataba de determinar el límite de los salarios de tramitación, cuando el despido fue declarado improcedente en una segunda sentencia, tras la anulación de la primera; se dijo entonces que fue la segunda sentencia la que por primera vez, en forma eficaz, declaró la improcedencia, y en este supuesto el planteamiento es muy semejante porque el despido que de manera definitiva y eficaz debe ser indemnizado es el único que ha declarado su improcedencia, esto es, la sentencia de suplicación, careciendo en absoluto de validez el imputado en la sentencia de instancia a la otra empresa demandada, cuando ha sido revocada por la que ahora se recurre, con pronunciamiento condenatorio para la empresa, y que en este particular se mantiene, como ya se ha dicho anteriormente.”

De otro lado, la **STS (Sala Cuarta) de 28 de octubre de 2003**, I.L. J 1775 (recurso de casación para la unificación de la doctrina 2913/2002), a propósito de la improcedencia de un despido, se pronuncia sobre la incompatibilidad de los salarios de tramitación con la percepción de las prestaciones por desempleo, dado que la finalidad de ambas es la misma: la falta de percepción salarial por un determinado período. Predica la Sala:

“A partir de una interpretación meramente literal de los preceptos antes citados la solución al caso planteado conduciría a aceptar la versión sostenida a lo largo de todo el proceso por la representante de la trabajadora afectada por la decisión del INEM, y a aceptar aquella compatibilidad discutida, puesto que los salarios de tramitación tienen naturaleza reconocida de indemnización –por todas ver SSTs de 14 de julio de 1998 (recurso 3482/1997) o 9 de diciembre de 1999 (recurso 1116/1999)–, y aquellos preceptos lo que dicen es que

la incompatibilidad lo es entre trabajo y prestación –art. 221 LGSS–, pero no entre trabajo e indemnización.

No obstante, la posible solución que derivaría de la mera interpretación literal de tales preceptos no es la que la Sala considera adecuada a la voluntad del legislador expresada en tales preceptos y en otros, si se hace una interpretación de los mismos teniendo en cuenta la finalidad que con ellos se pretende conseguir, y la propia finalidad de las prestaciones por desempleo. A tal efecto, lo primero que se aprecia es que la incompatibilidad establecida en el art. 221 LGSS con otro trabajo no puede estimarse reducida al trabajo en sí mismo, sino a la incompatibilidad con los salarios derivados de aquel otro trabajo, puesto que las prestaciones por desempleo lo que compensan es la pérdida de las rentas derivadas de una actividad laboral como se deduce de todo el articulado de la LGSS dedicada a esta regulación; y en este sentido los salarios de tramitación, a pesar de constituir una indemnización, lo que compensan es precisamente lo mismo que viene a compensar la prestación por desempleo, o sea la falta de percepción salarial por un determinado período; y en el mismo sentido cabe interpretar el art. 15 del Reglamento cuando declara la compatibilidad de la prestación con la indemnización que proceda por la extinción, pues la indemnización por los salarios de tramitación no se ha establecido para compensar la extinción sino para compensar la falta de pago de unos salarios que el trabajador debió percibir y no percibió en su momento como consecuencia del despido de que fue objeto, posteriormente declarado improcedente. Este mismo criterio es el que mantiene el legislador en el art. 111.b) de la LPL cuando, contemplando un supuesto específico de percepción de prestaciones por desempleo con salarios de tramitación mantiene el principio de incompatibilidad que obedece a estos mismos esquemas que aquí manejamos y que pueden traerse a colación como ejemplo de una aplicación concreta del mismo por parte del legislador, y por lo tanto, como expresión de la voluntad legislativa al respecto. Y es igualmente el criterio que se desprende de lo resuelto por esta Sala en STS de 5 de noviembre de 2002 (recurso 3663/2001), al abordar una cuestión bastante más compleja que la que aquí se plantea, pero en la que se mantiene la misma interpretación del texto legal aquí denunciado como infringido.

(...) Aunque se trata de una norma no aplicable al supuesto aquí enjuiciado por haberse dictado con posterioridad y no tener carácter retroactivo, no cabe duda que la voluntad del legislador en el sentido antes indicado viene reflejada con meridiana claridad en la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, con la reforma que con ella se ha introducido en el art. 209 de la LGSS y en la que de forma expresa se contempla la incompatibilidad entre salarios de tramitación y prestaciones por desempleo. Esa voluntad es la que, sin quedar tan explicitada en el texto anterior, considera la Sala que informaba también dicho texto, y es la que debe mantenerse.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

La STSJ de Madrid de 5 de junio de 2003, I.L. J 1688 (recurso 2576/2003), declara la nulidad de un despido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en un supuesto en el que el organismo demandado no ha renovado el contrato al trabajador que ha presentado, con anterioridad, reclamación para que su relación laboral sea declarada indefinida tras sucesivos contratos temporales. Para ello la Sala argumenta:

“En el presente supuesto se ha acreditado que el INAEM, en los casos de utilización sucesiva de contratos temporales, no procede al la renovación o suscripción de nuevo contrato precisamente respecto de aquellos trabajadores que han presentado reclamación previa o demanda de declaración de relación laboral indefinida, lo cual ha sucedido en diversos casos de los que han conocido los órganos judiciales antes señalados, habiendo además contratado a otros trabajadores para las mismas funciones. Pues bien, se trata de indicios que cumplen la función de generar una apariencia más que probable de que el verdadero motivo de la actuación del INAEM al extinguir el contrato y no suscribir uno nuevo es una represalia por el ejercicio de un derecho y no simplemente el vencimiento de un término que carece de relevancia como lo demuestra al encadenamiento de contratos.”

También, la STSJ de Extremadura de 20 de junio de 2003, I.L. J 1752 (recurso 345/2003), falla la nulidad de un despido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. 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, en este caso, el despido. Razona la Sala que:

“En relación con la posibilidad de que una decisión empresarial de despido sea lesiva del art. 24.1 CE, este Tribunal declaró en la STC 7/1993; a este respecto debe recordarse, una vez más, que este Tribunal ha rechazado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal e indefensión, pues no toda infracción o defecto procesal es causante de la vulneración del derecho contemplado en el art. 24.1 de la Constitución, sino sólo aquel o aquella que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba, cause una verdadera y real indefensión de la parte (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre; 106/1993, de 22 de marzo; 185/1994, de 20 de junio; 1/1996, de 15 de enero; 89/1997, de 5 de mayo; 75/2000, de 27 de marzo, entre muchas otras). En el presente caso hay que considerar que, dado el contexto en el cual se enmarcaron las actuaciones particulares, difícilmente la publicación en estrados de las resoluciones omitidas hubiera logrado resultados diferentes, en esta materia, de los nulos alcanzados por aquéllas que sí se publicaron, sin que la recurrente aporte indicio alguno, por mínimo que éste sea, que permita siquiera vislumbrar la existencia de alguna posibilidad real de que la publicidad de aquellas resoluciones mediante el sistema de publicación en estrados (ya desaparecido en nuestra nueva Ley procesal civil) pudiera haber resultado eficaz en el caso considerado. Pero es que, además, la queja ahora suscitada por la recurrente no fue planteada en su escrito de solicitud de nulidad de actuaciones, según consta en las actuaciones remitidas a este Tribunal, y por ello cabe apreciar respecto de ella la causa de inadmisión estable-

cida en el art. 44.1.a) LOTC, puesto que la queja de la recurrente se pretende hacer valer directamente, *ex novo*, ante este Tribunal, con ignorancia del principio de subsidiariedad que preside el proceso de amparo.”

Asimismo, la **STSJ de Baleares de 30 de abril de 2003**, I.L. J 1872 (recurso 167/2003), estima la nulidad de un despido por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, basado en un despido sin alegar causa seis días después de alcanzar conciliación judicial en proceso sobre modificación de condiciones de trabajo. 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.

Como decíamos en la STC 140/1999, de 22 de julio (FJ 4º), el ‘derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface, pues, mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (...) En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993, 14/1993, 54/1995)’.

En efecto, ya en nuestra STC 7/1993, de 18 de enero (FJ 3º), hemos declarado que ‘es claro (...) que si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción (...) por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula’. En este supuesto, además, como recuerda esa misma Sentencia y las posteriores SSTC 7/1993, de 18 de enero, 14/1993, de 18 de enero, 54/1995, de 24 de febrero, 197/1998, de 13 de octubre, 140/1999, de 22 de julio, 101/2000, de 10 de abril, 196/2000, de 24 de julio, y 199/2000, de 24 de julio, la prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5.c) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (‘Boletín Oficial del Estado’ de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo ‘el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes’. Asimismo, el despido en estos casos supondría el desconocimiento o

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

vulneración del derecho básico que ostentan los trabajadores, conforme al art. 4.2.g) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que configura como tal ‘el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo’. Cabe citar, por último, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de septiembre de 1998 (asunto C-185/97), la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

En fin, la garantía de indemnidad ínsita en el art. 24.1 CE cubre no sólo el ejercicio de la acción judicial, sino también los actos preparatorios o previos a la misma, toda vez que, según doctrina igualmente consolidada de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva es perfectamente compatible con el establecimiento de condicionamientos previos para el acceso a la jurisdicción, y en concreto, con la exigencia del agotamiento de la reclamación administrativa o de la conciliación previa, según proceda. Los mencionados actos previos no pueden permanecer al margen del derecho fundamental de tutela judicial, pues, de otro modo, se dificultaría la plena efectividad del derecho (por todas, SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 3º, 140/1999, de 22 de julio, FJ 6º, y 168/1999, de 27 de septiembre, FJ 1º).”

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de junio de 2003**, I.L. J 2024 (recurso 1130/2003), estima la nulidad de un despido por causas discriminatorias, en el caso de un trabajador, que promueve por dos veces un proceso electoral y posteriormente es incluido en el expediente de regulación de empleo como afectado. La autorización extintiva del expediente de regulación de empleo es innominada, siendo la empresa quien lo concreta. La Sala falla sobre la existencia de utilización fraudulenta de la autorización:

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

Por el contrario, la **STSJ de Galicia de 12 de mayo de 2003**, I.L. J 1589 (recurso 1435/2003), revoca la sentencia de instancia y desestima la nulidad de un despido, calificándolo de improcedente en un supuesto de sucesivos contratos temporales celebrados en fraude de ley, al no constar alegación de móvil discriminatorio ni de violación de derecho fundamental. Tampoco aporta indicios que generen sospecha de su existencia. Razona la Sala:

“En el presente caso, del relato fáctico y de la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, no consta la alegación por parte del demandante de ningún móvil discriminatorio o de haberse producido su despido con violación de derechos fundamentales, de ahí

lo sorprendente y lo incorrecto que resulta de la calificación del despido por la juzgadora *a quo* como nulo, como además y como tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 7/1993, de 18 de enero), de haberse invocado por el trabajador que un despido es discriminatorio o lesivo de cualquier derecho fundamental. Debería aportar para ello indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio, y nada de eso consta en el supuesto enjuiciado. El despido no puede ser calificado de nulo, pero sin duda alguna debe ser declarado improcedente, teniendo en cuenta la naturaleza de los contratos de trabajo suscritos.”

En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de julio de 2003, I.L. J 2049 (recurso 741/2003), falla a favor de la inexistencia de nulidad de un despido, al no concurrir el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de discriminación. La Sala argumenta:

“(…) habiendo sido iniciado expediente de invalidez permanente, el cual había manifestado a sus compañeros de lista y a algún encargado de la empresa que iba a dejar su cargo, no habiendo comunicado en ningún momento dicha circunstancia a la empresa demandada; por lo tanto si toda argumentación respecto al despido nulo que hace el recurrente está orientada a que la empresa conocía que el candidato elegido iba a renunciar a su cargo y que éste le iba a sustituir, habiendo quedado suficientemente acreditado que la empresa no conocía esta circunstancia, no concurre el hecho del que pueda derivarse una presunción o apariencia de la discriminación alegada, es por ello por lo que el motivo ha de ser desestimado”.

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA

BEGOÑA SESMA BASTIDA

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

Sumario:

1. Libertad sindical. A) Contenido de la libertad sindical B) Secciones y delegados sindicales. C) Proceso de tutela de la libertad sindical. D) Funcionamiento interno de los sindicatos. E) Condición de sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma. **2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Ámbito de elección. B) Comité intercentros. **3. Conflictos colectivos.** A) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo. B) Efectos de la sentencia. **4. El derecho de huelga.** A) Alcance del derecho. B) Límites al ejercicio del derecho de huelga.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Contenido de la libertad sindical

Es sobradamente conocida la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y también del Tribunal Supremo, relativa al complejo contenido del derecho de libertad sindical, y a los efectos jurídicos de la inclusión de determinado derecho en el contenido esencial o en el adicional. Esta doctrina judicial se trae de nuevo a colación en la **STSJ de Canarias de 6 de marzo de 2003**, I.L. J 1863, a propósito de una previsión convencional que reconocía el derecho de los sindicatos de la empresa a celebrar hasta dos asambleas al año durante las horas de trabajo sin que la asistencia a las mismas conllevara merma en los emolumentos de los trabajadores. Este derecho convencional únicamente venía limitado por la imposibilidad de que en total se celebrasen más de cuatro asambleas anuales, sin indicación alguna sobre restricciones en el inicio o en la finalización de las asambleas. Pese a no incluirse expresamente en el convenio límite temporal alguno, la empresa rechazó la solicitud de un sindicato para la celebración de una asamblea de cuatro horas, aun cuando en supuestos anteriores de reuniones de similar duración había aceptado la solicitud sindical. Ante tal negativa el sindicato interpone demanda, cuya desestimación en la instancia motiva la interposición del recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias.

Este órgano judicial comienza por aclarar que el derecho reconocido en el convenio no debe confundirse con el derecho de reunión que como componente del derecho a la actividad sindical tienen reconocido las organizaciones sindicales y que se integra en el contenido

esencial de libertad sindical. Antes al contrario, el derecho litigioso en este proceso se integra en el contenido adicional de la libertad sindical, en tanto que supone una mejora respecto de la regulación prevista en el art. 77 ET, esto es: derecho a convocar asambleas, que bien puede considerarse *per se* contenido de la libertad sindical —en tanto que ésta, como señalara el Tribunal Constitucional, comprende no sólo la organización interna del sindicato sino también la posibilidad de promover acciones de proyección externa, dirigidas a todos los trabajadores, sean o no afiliados (SSTC 134/1994, de 9 de mayo, y 94/1995, de 19 de junio)—, si bien adicional, a diferencia de las reuniones sindicales.

Conviene recordar que, como bien ha advertido también la jurisprudencia, los derechos y facultades adicionales, cuyo incumplimiento es igualmente susceptible de infringir el art. 28.1º CE, son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma que los establece, no estando su configuración sometida a más límite que el de no vulnerar el contenido esencial del derecho de libertad sindical (SSTC 201/1999, de 8 de noviembre, y 132/2000, de 16 de mayo). En este caso, la regulación del derecho en cuestión (derecho a convocar asambleas) se configura convencionalmente, en el bien entendido que el convenio mejora el derecho reconocido con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores. Precisamente por ello, el convenio bien puede fijar limitaciones a su ejercicio en las condiciones más ventajosas pactadas, tales como restringir a dos veces su disfrute. No obstante, como también señalara el Tribunal Supremo, las restricciones, en el sentido de excepciones a su libre ejercicio, deben interpretarse restrictivamente y las cláusulas equívocas deben interpretarse según el art. 1268 del Código Civil, en el sentido más acorde a la naturaleza objeto del contrato (STS de 7 de julio de 1999). Afirmación esta que lleva al órgano juzgador del asunto a entender que sólo cabe imponer las limitaciones expresamente previstas, entre las que no está la acotación del derecho a un régimen concreto de inicio y término de la asamblea.

Por su parte, al derecho de reunión sindical, que como se ha dicho forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, se refiere la **STSJ de Cantabria de 5 de mayo de 2003**, I.L. J 1950, a propósito de un supuesto en el que dos cargos autonómicos del sindicato CCOO habían comunicado al empresario su intención de celebrar ese mismo día una reunión informativa con las afiliadas del centro de trabajo al finalizar el horario de trabajo, proponiéndole un lugar de celebración, por encontrarse la empresa en proceso de elecciones sindicales, sin que por parte de la empresa hubiese respuesta alguna de oposición. Llegada la hora señalada los dos representantes, al amparo del derecho reconocido en el art. 9.1.c) LOLS, que permite a quienes ostentan cargos electivos de carácter sindical asistir y acceder a los centros de trabajo para participar en las actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores previa comunicación al empresario, acudieron a la empresa, pero se les impidió la entrada alegando el empresario que no había sido avisado con el tiempo suficiente que marca la Ley, por considerar que al no existir ningún precepto que expresamente señale el plazo de preaviso a estos efectos debe aplicarse analógicamente el impuesto para la celebración de asambleas (cuarenta y ocho horas). El Tribunal rechaza este argumento entendiendo que la empresa sólo se opuso a la celebración de la reunión cuando los representantes acudieron a la empresa, no cuando fue informada de la intención

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

de convocar la misma, de manera que la alegación de la ausencia de preaviso suficiente no debe considerarse más que una excusa, debiendo concluirse que el impedir el acceso de los representantes a la empresa supone un atentado contra la libertad sindical.

También se integra en el contenido (esencial) de la vertiente colectiva de la libertad sindical el derecho a la negociación colectiva extraestatutaria (SSTC 73/1984, de 27 de junio, 108/1989, de 8 de junio, y 121/2001, de 4 de junio, entre otras). Por ello, el Tribunal Supremo ha entendido que este derecho fundamental puede quedar cercenado cuando sin causa objetiva adecuada se impide a un sindicato con la *legitimación necesaria* la participación en la negociación de un convenio extraestatutario pese a haberlo requerido, entendiendo que se alcanza dicha legitimación cuando se ostenta la exigida en el Estatuto de los Trabajadores para negociar convenios estatutarios (por todas, STS de 30 de mayo de 1991). En la **STS de 11 de noviembre de 2003**, I.L. J 2067, esta doctrina se precisa aclarando que la representatividad exigida para adquirir la legitimación necesaria para tener derecho a acceder en todo caso a la negociación de un convenio extraestatutario que se aplica sólo a una parte de la plantilla, debe medirse en atención a esa porción de trabajadores a los que va a resultar de aplicación el acuerdo. En concreto, en el supuesto de hecho de la sentencia se había dejado fuera de la negociación de un convenio extraestatutario de empresa a CCOO. En ese convenio se mejoraban las condiciones retributivas del personal técnico y administrativo de la empresa no así el del resto de la plantilla (personal obrero y no cualificado). El Tribunal entiende que el grado de representatividad que debe tenerse en cuenta a los efectos de entender justificada o no la exclusión del sindicato denunciante no es el del total de la plantilla en la empresa (16,9 por ciento) sino el grado concreto de representatividad que ostenta respecto del colectivo al que se aplica el convenio extraestatutario, esto es: personal técnico y administrativo, para el que alcanzaba sólo al 7,4 por ciento, lo que justifica su exclusión de la negociación.

Desde la perspectiva individual (del trabajador), el derecho de libertad sindical comprende también el derecho a no ser tratado de forma discriminatoria por la afiliación o no a un sindicato. Así se recuerda en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de junio de 2003**, I.L. J 2024, en un asunto en el que la autoridad laboral había autorizado en el marco de un expediente de regulación de empleo la innominada extinción de un número determinado de trabajadores, y la empresa había elegido como uno de los cinco afectados a un trabajador que había promovido en dos ocasiones un proceso electoral en el centro de trabajo, conociendo sobradamente este hecho, porque así constaba en el tablón de anuncios y porque algunos directivos de la misma habían acudido a una asamblea convocada a estos efectos. El Tribunal entiende que estas circunstancias son indicios suficientes para hacer funcionar en el correspondiente proceso de despido la inversión parcial de la carga probatoria, considerando que resulta insuficiente “para apartar de modo contundente dicha presunción (...) la alegación que realiza la recurrente de que, el reclamante, percibía una retribución salarial de cierta entidad, superior, según se pretende, a la que ahora se paga, después del despido del actor, a otro trabajador que ha sido traído desde otra distinta provincia, para realizar exactamente el mismo trabajo que venía haciendo el demandante”. Esta alegación, en palabras del Tribunal, lejos de justificar el despido del trabajador ofrece un nuevo indicio de un actuar vulnerador de los derechos del trabajador, al quedar clara la necesidad de mantener el puesto de trabajo que venía ocupando. Concluye el Tribunal

sosteniendo que resulta palmario que la empresa pretendía evitar la posible elección como representante unitario del trabajador y para ello le despidió utilizando como excusa la autorización derivada del expediente de regulación de empleo, lo que a todas luces supone una lesión de su libertad sindical que hace nulo de pleno derecho el despido.

No se admite, por el contrario, la inversión de la carga probatoria en el asunto de la **STS de 2 de diciembre de 2003**, I.L. J 2139. En aquel supuesto, la empresa suministraba energía eléctrica a los empleados, motivo por el cual éstos asumieron una deuda con aquella, que se propuso saldar con el descuento, unilateralmente decidido tras no haber conseguido un acuerdo con los trabajadores, de cierta cantidad al mes en las nóminas. Ante esta actuación empresarial los sindicatos con representación en la empresa interpusieron demanda de conflicto colectivo que se resolvió declarando la improcedencia de la actuación empresarial. La empresa cesó en su conducta y optó por el descuento de las deudas de los trabajadores en una sola vez, conducta que el sindicato recurrente consideraba una represalia y una descalificación en tanto que había perjudicado los derechos de los trabajadores representados. El Tribunal entiende que sin entrar a valorar la oportunidad o no de la actuación empresarial, en modo alguno ésta puede considerarse indiciaria de una actuación de represalia ni una acción de desmérito del sindicato, con lo que procede invertir la carga probatoria, pesando sobre el sindicato la carga de probar la presunta lesión del derecho fundamental.

B) Secciones y delegados sindicales

Uno de los derechos reconocidos a los delegados sindicales es, como se sabe, el crédito horario para el desarrollo de funciones sindicales. Pero su reconocimiento está condicionado a la existencia de al menos 250 trabajadores en el centro de trabajo, y la presencia del sindicato en los órganos de representación unitaria. De nuevo se insiste en la **STSJ de Baleares de 7 de abril de 2003**, I.L. J 1873, en que el parámetro de referencia a la hora de computar el número de trabajadores a estos efectos es el centro y no la empresa, criterio este que rompiendo el que se había mantenido con anterioridad y que tomaba como referencia la empresa, ya se apuntara en la STS de 10 de noviembre de 1998 (seguida por la STS de 20 de julio de 2000), en la que se señala que no es posible la acumulación del número de trabajadores de los distintos centros de la empresa a los efectos de alcanzar el límite indicado. Tal es así que en el supuesto de hecho de la sentencia ahora comentada el Tribunal considera lícita la actuación de la empresa de descontar de su nómina las horas dedicadas al desarrollo de actividades sindicales a una trabajadora que actuaba como delegada de un sindicato (se entiende que en realidad era mera representante) en un centro de trabajo que no alcanzaba los 250 trabajadores (sin que el empresario la hubiese reconocido como delegado sindical *stricto sensu*).

Las secciones sindicales también tienen reconocido el derecho a la negociación colectiva de empresa o ámbito inferior. Por cierto que este derecho no es una facultad del sindicato al que pertenecen sino un derecho cuya titularidad corresponde en exclusiva a las propias secciones sindicales. Así se advierte en la **SAN de 23 de mayo de 2003**, I.L. J 1734, en un

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

supuesto en el que se pedía la declaración de la nulidad global e íntegra de un convenio colectivo por entender que éste había sido negociado al margen de los órganos de representación unitaria o sindical de la empresa, al haberse suscrito directamente por una organización sindical. Tomando como referencia los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que en su día había señalado que el sindicato no puede arrogarse una representación a efectos de negociación colectiva de ámbito de empresa, pues legalmente la legitimación sólo corresponde en este ámbito a las representaciones unitarias o en su caso sindicales de los trabajadores, la Audiencia concluye que cuando el art.87.1 ET alude a las representaciones sindicales está refiriéndose a las secciones sindicales no a los sindicatos propiamente dichos. Las secciones sindicales en el centro de trabajo, puntualiza la Audiencia, “no son sólo cargas para el empresario sino que responden también a un propósito legislativo de profundizar en la democracia sindical a través de la descentralización de las representaciones sindicales y de la toma de decisiones sindicales a nivel de centro de trabajo, lo que explica su doble consideración como instancias internas del sindicato y como representaciones externas a las que la ley atribuye determinadas ventajas y prerrogativas”, de ahí que los sindicatos no puedan sustraerles actuando directamente facultades que les han sido legalmente atribuidas, como es en este caso la negociación colectiva a nivel de centro o empresa.

C) Proceso de tutela de la libertad sindical

El proceso especial de tutela de la libertad sindical es especial, excepcional, opcional y de cognición limitada. En él el juez sólo puede conocer de las presuntas lesiones de alguno de los derechos que conforman el complejo contenido de la libertad sindical, por lo que no hay posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza, o con idéntica pretensión basadas en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental correspondiente. Sólo puede por ello emplearse este proceso, como advierte consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando la “pretensión tiene por exclusivo objeto recabar tutela judicial efectiva para el derecho fundamental supuestamente vulnerado y siempre que derive de conductas de violación o incumplimiento de la norma constitucional que lo reconoce, o de las normas legales que lo desarrollan, sin comprender las facultades que hayan podido ser adicionadas por normas infraconstitucionales a las que el art.176 LPL se refiere como fundamentos diversos a la tutela del correspondiente derecho fundamental” (STS de 18 de septiembre de 2001, I.L. J 1991, entre otras). En otras palabras, la lesión del derecho fundamental debe ser inmediata y directa.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, es así formalmente necesario alegar la lesión de un derecho fundamental, si bien la introducción en la controversia de la denuncia de una infracción de la legalidad ordinaria, la alegación de fundamentos jurídicos diversos a la tutela o la consideración por el órgano judicial competente de que no se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado, no afectan a la adecuación del procedimiento. En este último caso, el juzgador desestimaré la demanda, sin entrar en los restantes fundamentos de legalidad ordinaria, pero no declarará la inadecuación del procedimiento, siempre que en él se haya instado formalmente la tutela de un derecho fundamental de forma correcta. No obstante, el juez puede también ordenar el cambio de procedimiento, dando paso a uno ordinario o a otro especial. De este modo sólo podrá declararse la inadecuación del procedimiento en los casos excepcionales en que se aprecie

inequívocamente *prima facie* que la pretensión queda de forma manifiesta fuera del ámbito de esta modalidad procesal, bien porque en la demanda no se alega derecho fundamental (planteándose únicamente cuestiones de legalidad ordinaria), bien porque se emplea este proceso preferente y sumario en fraude de ley. Fuera de estos supuestos no cabe, pues, la declaración de inadecuación del procedimiento.

Esta doctrina judicial se recuerda en la SAN de 20 de mayo de 2003, I.L. J 1735, en un asunto en el que el sindicato demandante pretendía que se considerase lesiva del derecho de libertad sindical la conducta empresarial de no permitirle tomar parte en una “Comisión para el desarrollo del ordenamiento laboral” que las partes (empresario y otros sindicatos firmantes del convenio) consideraban comisión paritaria de un convenio que el sindicato demandante no había firmado, pero que éste entendía que era en realidad una comisión negociadora. Antes estas circunstancias la Audiencia deja claro que no cabe la declaración de inadecuación del proceso especial de tutela al no concurrir ninguno de los supuestos enunciados *supra* aunque considera que sí debe ser desestimada la demanda porque para resolver el litigio planteado es preciso únicamente acudir a la legalidad ordinaria, dejando imprejuizado lo que a esta legalidad (ordinaria) se refiere, al no ser acumulable al procedimiento especial de tutela.

D) Funcionamiento interno de los sindicatos

Cuando un trabajador decide integrarse en una organización sindical debe cumplir sus estatutos. En caso contrario el sindicato podrá sancionarlo en los términos previstos en las indicadas reglas de funcionamiento interno de la organización. Ahora bien, si los estatutos no prevén reglas específicas sobre la prescripción de las faltas de los afiliados, como ocurría en el supuesto de la STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2003, I.L. J 1626, al tratarse de una materia sancionadora hay que entender aplicables los principios del proceso penal, y entre ellos el de *in dubio pro reo*, e interpretación restrictiva de las reglas de prescripción. Conviene señalar que en este asunto el Tribunal llega a la conclusión de que la falta ha prescrito pero no aclara si el plazo que debe tomarse al efecto es el del art. 60 ET (sesenta días) o el del 131.2º del Código Penal (seis meses), porque aduce que al haber transcurrido nueve meses desde que el sindicato tuvo noticias suficientes de los hechos sancionables, debe entenderse prescrita la falta conforme a ambos plazos.

E) Condición de sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma

La LOLS en su art. 7.1.a) exige para alcanzar la condición de más representativo a nivel de Comunidad Autónoma a “los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por ciento de delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes a las Administraciones Públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados en organizaciones sindicales de ámbito estatal”. Cabe preguntarse si estas imposiciones conllevan la limitación de la actuación del sindicato en cuestión al ámbito de una sola Comunidad

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Autónoma, aquella en la que ostenta dicha condición, o si por el contrario es posible que un sindicato más representativo a este nivel actúe en más de una Comunidad. La cuestión, como se señala en la **STS de 1 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2180, no está clara en la norma, que admite dos interpretaciones.

En primer término, se puede entender que la expresión que inicia este precepto es el establecimiento de una correlación entre el ámbito en que se ejercita la actuación sindical –necesariamente restringido con respecto al nivel estatal y referido al territorio de Comunidad Autónoma (aunque no necesariamente al de una sola)–, y el ámbito al que ha de corresponder el porcentaje y el número de representantes que otorgan la condición de mayor representatividad. De manera tal que si un sindicato quiere actuar como más representativo en el territorio de varias Comunidades Autónomas es preciso que alcance los indicados niveles de representación en cada Comunidad. Esta postura, que el Tribunal Supremo rechaza, supondría discriminar a las organizaciones sindicales que expresa y decididamente restringen su actuación a determinadas Comunidades Autónomas (más de una), como es el caso de ELA/STV, que estarían abocadas a no ostentar la condición de “sindicato más representativo”, ni a nivel estatal porque no podrían obtener o sería muy difícil que obtuvieran los porcentajes de especial audiencia que exige el artículo 6 LOLS, ni a nivel de Comunidad Autónoma, aunque obtuvieran en una los porcentajes requeridos por el art. 7.1 LOLS, al estar excluidas *in radice* por extender su actuación sindical a más de una Comunidad.

En segundo término, se puede entender que la norma permite considerar como más representativas a nivel autonómico a las organizaciones sindicales que cumplan los porcentajes de audiencia exigidos por la legislación en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Es decir, podrán ostentar tal consideración siempre y cuando en una de las Comunidades Autónomas donde se presentan, cuenten al menos con el 15 por ciento de representatividad extraído del número de miembros de comités de empresa, delegados de personal y miembros de los órganos de representación de las Administraciones públicas. O, dicho en otros términos, la representatividad exigida ha de proyectarse necesariamente sobre el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, aunque la actuación se extienda a más de una, siempre, claro está, que no se trate de una proyección territorial susceptible de considerarse como de nivel o vocación estatal. Esta segunda opción, que es por la que toma partido el Tribunal Supremo, permite sostener que ELA/STV puede actuar como sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma, a los efectos de ejercitar los derechos o facultades reconocidos a este tipo de organizaciones sindicales.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Ámbito de elección

Como se sabe la representación unitaria se elige a nivel de centro de trabajo. Ahora bien, si la empresa consiente, como ocurría en el asunto resuelto en la **STS de 10 de diciembre de 2003**, I.L. J 2165, que se tome como circunscripción electoral para las elecciones sindicales la provincia, y conforme a los resultados obtenidos se constituya un comité pro-

vincial de empresa, pese a existir centros de trabajo en la misma provincia que superan los 50 trabajadores y otros que no alcanzan este número, no puede luego aducir que la representación unitaria es por Ley de centro de trabajo para impedir el acceso a determinados derechos a los miembros de dicho comité. En concreto, en este caso se trataba del disfrute del derecho al crédito horario, que los interesados querían acumular en uno de los miembros del comité provincial. El Tribunal les reconoce este derecho al estar prevista esta posibilidad de acumulación en el convenio colectivo estatal aplicable a la empresa, entendiendo que si la empresa no se opuso en su día a la constitución del comité en estos términos, no puede luego oponerse al disfrute de los derechos que la Ley asigna a los comités de empresa a nivel de centro.

B) El comité intercentros

Como es sobradamente conocido, el comité intercentros sólo puede tener las competencias que expresamente le vengán atribuidas por el convenio colectivo en el que se prevé su constitución o su mantenimiento. Esta cuestión se plantea en la **STS de 23 de septiembre de 2003**, I.L. J 1548, en un asunto en el que el convenio atribuía al comité intercentros competencias respecto de aquellas materias que afectasen a la generalidad de los centros de trabajo de la empresa (Azucarera Ebro, SL) o grupo, y se impugnaba el acuerdo alcanzado por este comité para atender a la situación de los trabajadores del sector azucarero en función de las circunstancias climáticas que impiden la recogida de la remolacha, por entender que estas circunstancias afectaban sobre todo a la zona Norte de España y no a la generalidad de los trabajadores. El Tribunal entiende que aunque efectivamente estas circunstancias afectan particularmente a un grupo de trabajadores (los que prestan servicios en la zona Norte), ello no es óbice para que el Acuerdo venga referido a la generalidad de los trabajadores, al poder concurrir estas circunstancias en otras zonas, lo que resulta suficiente para reconocer legitimación al comité intercentros para su negociación.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo

El Tribunal Supremo ha señalado en repetidas ocasiones, esta vez en sus **SSTS de 17 de noviembre y 11 de diciembre de 2003**, I.L. J 2001 y 2163, que dos son los elementos que han de concurrir en un proceso de conflicto colectivo para que éste alcance tal consideración, un elemento subjetivo, que se materializa en el hecho de que el conflicto afecte a un grupo genérico de trabajadores, no bastando con que se trate de una mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, y un elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como interés que aunque pueda ser divisible, lo es de una manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de oportuna individualización, pero no en su propia configuración general.

No puede, por ello, encauzarse por este proceso el litigio planteado en el caso sobre el que versa la **STS de 17 de noviembre de 2003**, I.L. J 2001, en tanto que en él se perseguía en realidad el interés de un sindicato, que no puede confundirse con el interés general referido *supra*. En concreto, en este caso, el pleito traía su causa en el hecho de que el sindicato demandante había formalizado junto con otros un Acuerdo sindical de promoción generalizada para la reordenación del proceso sindical en la Administración de la Junta de Castilla y León, fijando un calendario en el que la fecha de preaviso debía ser el 30 de enero de 2003 y la de iniciación del proceso el 3 de marzo siguiente. Pese al Acuerdo los sindicatos demandados, que no lo habían suscrito, presentaron antes de la fecha indicada de manera conjunta preavisos para llevar a cabo elecciones en una unidad electoral concreta —personal docente de centros públicos no universitarios de la Comunidad Autónoma—, señalando para el inicio del proceso el 3 de octubre de 2002. El sindicato demandante —Federación de Enseñanza de UGT— había solicitado ante el TSJ de Castilla y León que declarase la nulidad de tales preavisos, empleando al efecto el proceso de conflicto colectivo, recayendo sentencia en la instancia en la que se apreció la inadecuación de procedimiento, declarándose la nulidad de lo actuado. Interpuesto recurso de casación ordinaria ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo por el propio sindicato demandante, el Tribunal rechaza tal pretensión impugnatoria por entender que en este caso no existía un interés general sino un interés particular, el del sindicato, lo que cierra las puertas al empleo de este cauce procesal (ya lo había advertido así en Sentencia de 8 de junio de 1999).

Sin embargo, sí es éste el cauce procesal adecuado para el planteamiento del litigio resuelto en la **STS de 11 de diciembre de 2003**, I.L. J 2163, en un supuesto en el que los sindicatos demandantes requerían de las empresas demandadas (Banco Herrero, SA y Banco de Asturias, SA), la aplicación a todos sus trabajadores de las condiciones sobre préstamos bancarios negociadas en un Acuerdo firmado con los representantes de los trabajadores. En ese acuerdo se recogían condiciones más ventajosas para los préstamos que las resultantes de las prácticas llevadas a cabo por sendas entidades bancarias. El Tribunal Supremo entiende que en este caso concurre un interés general, el de la totalidad de trabajadores para los que se pide la aplicación del Acuerdo, aunque no todos ellos tengan contratados con los Bancos préstamos a los que resulten de aplicación las condiciones del Acuerdo. Añade el Tribunal que existe un interés colectivo en doble sentido, en primer término el que alcanza a todos los trabajadores de las empresas (aplicación general del Acuerdo), y en segundo término, el de los trabajadores que tienen contratado un préstamo con alguna de las entidades bancarias (aplicación de las condiciones de préstamo previstas en el Acuerdo), y que en ambos casos es posible hablar de un colectivo homogéneo, lo que justifica sobradamente el empleo de este cauce procesal especial. Por cierto, en relación con el fondo de la cuestión debatida, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo confirma el fallo estimatorio dictado por la Audiencia Nacional.

B) Efectos de la sentencia

Los procesos de conflicto colectivo tienen la virtualidad, como se advierte en la STS de 12 de julio de 2001, I.L. J 1898 (repetiendo lo que ya había dicho en otras ocasiones), de resolver de una vez y para siempre los múltiples problemas que podrían derivar de una diversidad de demandas judiciales con el mismo objeto. Por ello se reconoce efecto de cosa juzgada a las sentencias evacuadas en ellos sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse que versen sobre idéntico objeto. En este sentido, lo que impone la normativa procesal es que las sentencias que resuelven los procesos individuales tienen que aplicar obligatoriamente los mandatos y criterios decisorios establecidos por la sentencia colectiva firme. El legislador, mediante el establecimiento de una relación de “especial vinculación”, de “prejudicialidad-dependencia” o de “prejudicialidad positiva” entre el proceso colectivo y los individuales vinculados por la identidad de objeto, evita así que se produzcan resoluciones diferentes en procesos individuales respecto de la cuestión resuelta por la sentencia colectiva firme. Precisamente por ello, como se aclara en la **STSJ de Castilla y León de 24 de julio de 2003**, I.L. J 2046, “al ser necesario que la sentencia colectiva haya ganado firmeza para que se activen sus efectos de cosa juzgada, el planteamiento de acciones individuales es siempre posible, sin que juegue, por tanto, la excepción de litispendencia”.

Conviene destacar que la Ley de Procedimiento Laboral comprende sólo el efecto positivo de la cosa juzgada o prejudicial y no el negativo o excluyente, esto es: no alcanza a la excepción de litispendencia, aunque sí produce los efectos suspensivos propios de la prejudicialidad, de la “inevitable vinculación prejudicial” existente entre el conflicto colectivo y los coetáneos o sucesivos conflictos individuales sobre el mismo objeto. Es más, como se recuerda en la **STSJ de Castilla y León de 24 de julio de 2003**, I.L. J 2048, la falta de suspensión acarrea la nulidad de la sentencia dictada en el conflicto individual. Ahora bien, sí se produciría litispendencia, como ha indicado el Tribunal Supremo, si después de la sentencia del Juzgado, pendiente recurso contra la misma, se formulase demanda en reclamación de cantidades sobre la base del derecho discutido en el proceso de conflicto colectivo (SSTS de 30 de junio de 1994 y de 15 de enero de 1998), al existir el peligro de evacuación de fallos contradictorios. Pero fuera de este supuesto, como se señala en la **STSJ de Castilla y León de 24 de julio de 2003**, I.L. J 2046, el efecto de la cosa juzgada que se atribuye a lo resuelto en conflicto colectivo, en relación a los pleitos individuales pendientes o futuros, se reserva no a la sentencia del Juzgado, sino a la que es firme.

4. EL DERECHO DE HUELGA**A) Alcance del derecho**

El derecho de huelga tiene un contenido complejo que comprende, entre otros, el derecho de los sindicatos convocantes a informar a los trabajadores interesados de la convocatoria del paro. En ocasiones este derecho puede encauzarse por los canales previstos en

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

los convenios colectivos para la distribución de información sindical. Así se advierte en la **STS de 29 de septiembre de 2003**, I.L. J 1552, en un supuesto en el que el sindicato CGT pretendía que el empresario publicase a través del infobuzón un comunicado que incluía opiniones y descalificaciones referidas al comité de empresa, a otros sindicatos y a la propia empresa, que justificaban, a su entender, su intención de convocar una huelga. La empresa se negó por entender que dicha información no tenía cabida necesariamente en ese medio de difusión. Conviene señalar en este sentido que el convenio colectivo de la empresa reconocía el derecho de los sindicatos a difundir por este medio “la información que consideren precisa” sobre “temas de especial consideración”, tales como negociación colectiva, elecciones sindicales, y eventos singulares, y que además el empresario permitía a los sindicatos colgar en el llamado “portal del empleado” la información que considerasen oportuna. Este otro canal (“portal del empleado”) hacía las veces de tablón sindical, y al él podían acceder todos los trabajadores.

Ante estas circunstancias el Tribunal entiende que la información remitida a la empresa no puede considerarse una comunicación de la convocatoria de una huelga, información que sí tendría derecho el sindicato convocante a que se incluyese en el infobuzón, sino una suma de opiniones y descalificaciones que si el sindicato quería transmitir a los trabajadores debía colgar en el portal del empleado, pero no incluir en el infobuzón, al estar éste reservado, como se ha dicho, para temas de especial relevancia, y no para simples opiniones sindicales.

B) Límites al ejercicio del derecho de huelga

El derecho de huelga no es un derecho ilimitado y su ejercicio en ocasiones puede entrar en colisión con otros, como el derecho al trabajo del resto de trabajadores o la seguridad en la empresa. Precisamente para preservar este último derecho se fijan los llamados servicios de mantenimiento y seguridad, cuya imposición ya admitió en su día el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981. El Tribunal Constitucional aclaró en aquella resolución que la designación unilateral de los mismos por parte del empresario resultaba inconstitucional, y que era necesario que en la decisión de designación de los servicios “participase” el comité de empresa, pero no precisó en modo alguno cómo había de llevarse a cabo dicha participación, limitándose a advertir que “las medidas de seguridad corresponden al empresario, en tanto en atención a su condición de propietario de los bienes, cuando en atención a su condición de empresario”.

Estos pronunciamientos han sido interpretados en la **SAN de 30 de mayo de 2003**, I.L. J 1736, en un supuesto en el que el empresario negoció con el comité intercentros pero no consiguió llegar a un acuerdo y cuando la huelga era inminente impuso unilateralmente los servicios de mantenimiento y seguridad. En este sentido, entiende la Audiencia que el empresario está legitimado para hacerlo, y que no vulneró en modo alguno el derecho de huelga con ello, máxime teniendo en cuenta que la designación fue en la medida de lo imprescindible, atendiendo a que la seguridad de las cosas comprende no sólo los bienes de la empresa, sino también los de terceros encomendados a la custodia de la misma.

El derecho de huelga queda también limitado por el obligado respeto de los servicios mínimos fijados por la autoridad gubernativa cuando la huelga acontece en el marco de un servicio considerado esencial para la comunidad. Ahora bien, no concreta la norma quién debe considerarse autoridad gubernativa cuando la huelga se produce, como ocurre en el asunto de la **STS de 1 de octubre de 2003**, I.L. J 1715, en un servicio municipal, en concreto en este caso la huelga afectaba a los servicios de limpieza de una ciudad de provincia. El Alcalde decretó los servicios mínimos a cubrir, y los sindicatos convocantes impugnaron la fijación por entender que en tanto que receptor de los servicios no tenía la condición de autoridad imparcial. El Tribunal Supremo, recogiendo jurisprudencia anterior, recuerda que cuando se trata de servicios de titularidad municipal la autoridad gubernativa es el Alcalde, sin que con ello se lesione el derecho de huelga. Además, añade el Tribunal, que esta concreción de los servicios mínimos merece una atención preferente en relación con la problemática laboral en la que trae su causa el conflicto, teniendo en cuenta que toda la comunidad ciudadana se ve afectada por el ejercicio del derecho de huelga, con riesgo eventual para la salud pública.

También alegaban los sindicatos falta de motivación del acto, lo que rechaza el Tribunal entendiendo que esta motivación queda cubierta por la existencia de un informe municipal que advierte de la gravedad del riesgo que supondría la no prestación de servicios que acarrearía la huelga. A esta alegación añaden la falta de proporcionalidad en la concreción de los servicios mínimos, en tanto que alcanza al 77,75 por ciento de la plantilla, pero por las condiciones del supuesto concreto el Tribunal entiende que tampoco concurre la falta de proporcionalidad alegada.

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO (Coord.)

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. **Introducción.** 2. **Legitimación para negociar.** 3. **Deber de negociar.** 4. **Contenido “normativo”.** A) Límites. B) Contenido mínimo. 5. **Nulidad.** 6. **Ámbito personal.** 7. **Determinación del convenio colectivo aplicable.** 8. **Concurrencia.** 9. **Impugnación “directa” del convenio colectivo.** 10. **Convenios colectivos extraestatutarios.** 11. **Administración del convenio colectivo.** A) Por las comisiones paritarias. B) Por los Tribunales laborales. Reglas de interpretación.

1. INTRODUCCIÓN

Se reseñan en los siguientes apartados las sentencias más interesantes en materia de negociación colectiva publicadas en los números 9, 10, 11 y 12 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, de Lex Nova, de 2003, en los que puede consultarse su texto íntegro. De ellas, sobresalen las del TS de 26 de junio, principalmente por considerar que conculca la legalidad la imposición convencional de la asistencia a cursos de formación profesional fuera de la jornada de trabajo, y 17, 18 y 20 de noviembre, las tres en casación para la unificación de doctrina y ciñendo a los convenios colectivos estatutarios la posibilidad de ampliar la duración del contrato eventual por circunstancias de la producción.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

En el caso de **convenios de empresa o ámbito inferior**. Carece de ella el sindicato, según concluye la SAN de 23 de mayo de 2003, I.L. J 1734, con cita de la STC de 20 de agosto de 1993:

“Los sindicatos carecen de legitimación para negociar convenios colectivos de empresa o ámbito inferior, de acuerdo con repetida declaración de los tribunales”. Sobre ello “parece haber unanimidad en la doctrina, al sostener que, cuando el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores alude a las representaciones sindicales, se está refiriendo a las secciones sindicales, pero no a los sindicatos propiamente dichos, a pesar de que el artículo 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce a las organizaciones sindicales el derecho al ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella, que comprenderá

el derecho a la negociación colectiva, pero sin que eso suponga que deba ser el propio sindicato quien negocie el convenio colectivo en ámbito empresarial o inferior, sino que podrán hacerlo otras estructuras o instancias sindicales, como las secciones sindicales o los delegados sindicales que las representan”.

Ciertamente, el anterior criterio se aparta del mantenido por el TS, en su Sentencia de 28 de febrero de 2000, I.L. J 156. Véase *Justicia Laboral*, número 4, según la cual, tratándose de la negociación de convenios de empresa o de ámbito inferior (franja), la legitimación de las “representaciones sindicales”, a la que se refiere el art. 87.1 ET, no se constriñe a las secciones sindicales e incluye también la del sindicato, al que se le atribuye, originariamente, el derecho a la negociación colectiva, de modo que puede optar por ejercerlo directamente o a través de las secciones sindicales.

3. DEBER DE NEGOCIAR

Del art. 86.3 ET (pérdida de vigencia de las cláusulas obligacionales una vez denunciado el convenio) “se infiere sin esfuerzo que la obligación de negociar nace a partir del momento en que, denunciado [el] convenio, la empresa recibe la pertinente comunicación al respecto” (STS de 30 de noviembre de 2003, I.L. J 1557, con cita de la de 17 de noviembre de 1998: “el deber de negociar existe desde que se denuncia un convenio, hasta que se concierta el que lo sustituye”).

4. CONTENIDO “NORMATIVO”

A) Límites

Aunque el convenio colectivo puede imponer a los trabajadores la obligación de asistir a cursos de formación profesional, tal imposición sólo es admisible cuando no suponga que los afectados deban permanecer a disposición de la empresa más allá del tiempo correspondiente a su jornada de trabajo (la ordinaria o la más amplia comprensiva de las horas extraordinarias cuya obligatoriedad se hubiese pactado al amparo de lo permitido por el art. 35.4 ET). Con carácter general, contraviene la legalidad el convenio que configura como obligatoria la asistencia a los cursos impartidos fuera de la jornada de trabajo. Semejante ilegalidad no desaparece por el hecho de que se otorgue una compensación económica por la asistencia. Así, STS de 26 de junio de 2003, I.L. J 1663:

“Uno de los pilares sobre los que se sostiene el Derecho del Trabajo es el establecimiento de una clara línea divisoria entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. El primero, entendido, no en su concepción estricta de tiempo de actividad laboral, sino como el tiempo en que el trabajador pone a disposición del empleador su capacidad productiva y queda sometido a su círculo organizativo y disciplinario. El segundo, como aquel que pertenece en exclusiva al trabajador y del que sólo él puede disponer, de modo que queda preservado de toda posible intromisión unilateral por parte del empresario.

VIII. Negociación Colectiva

Ese principio básico ha sido incorporado en nuestro Derecho a través de los arts. 34.1, párrafo segundo, y 35.4 del Estatuto de los Trabajadores, mediante la fijación de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y la voluntariedad de la prestación del trabajo en el tiempo que supere dicha jornada. Resulta, pues, que el tiempo máximo de puesta a disposición que el empleador puede exigir al trabajador, con la consiguiente subordinación a sus poderes directivos y disciplinarios (...), coincide con el de la jornada pactada en los convenios colectivos o en los contratos de trabajo (...). Fuera de ella, el empleador no puede requerirle la realización de su prestación profesional, ni puede desplegar sobre él su poder disciplinario (...).

No cabe duda (...) que las partes negociadoras de un convenio colectivo pueden, en ejercicio de la autonomía colectiva, imponer a los trabajadores la asistencia obligatoria a los cursos de formación profesional, siempre y cuando éstos se impartan durante su tiempo de puesta a disposición del empleador, o lo que es igual, durante su jornada laboral (...).

Pero, en cualquier caso, esa facultad negocial tiene una frontera infranqueable: la duración de la jornada máxima legal. Y la imposición al trabajador de mantener fuera de ella su puesta a disposición supone transgredir frontalmente el art. 34.1 ET. Y, además, una ilícita proyección del poder disciplinario del empresario sobre un tiempo de descanso, en que el trabajador no debe quedar sometido a ese poder (...).

Fue, pues, planamente ajustada a derecho la decisión de la Audiencia Nacional de anular el precepto del convenio que imponía con carácter obligatorio la asistencia a la formación profesional impartida fuera de la jornada laboral (...). Es evidente, no obstante lo dicho, que los negociadores pudieron convenir la obligatoriedad que ahora se elimina, bien pactándola para la realización de horas extraordinarias [art. 35.5 (sic) ET] y dedicarlas, en todo o en parte, a cursos de formación (...). O bien no computando el tiempo de bocadillo como de trabajo, al contrario de como acordaron (...) al amparo del art. 34.4 ET, con lo que habrían podido dedicar ese tiempo, acumuladamente, a cursos de formación (...).

Finalmente, es de significar que la transgresión del art. 34.1 ET se produce tanto si la asistencia obligatoria se retribuye específicamente, que es lo que aquí ocurre (...), como si no lo es.”

B) Contenido mínimo

Indicación del ámbito funcional. La mención de dicho ámbito, a la que se refiere el art. 85.3.b) ET, no tiene por qué ajustarse a “una fórmula estereotipada”, de modo que queda en manos de la autonomía colectiva la elección de los términos a emplear. La fórmula que al respecto adopte ésta “habrá de ser respetada en tanto ... cumpla la misión de delimitar con precisión el campo de aplicación del convenio”. Ciertamente, “en los convenios de ámbito superior a la empresa resulta imprescindible, para cumplir con el mandato del art. 85 [ET], que quede plenamente identificada la rama, sector o subsector de la actividad

productiva que se regula, como único medio de conocer con exactitud a qué empresas y trabajadores va a ser aplicable”. Sin embargo, tal exigencia “deviene innecesaria cuando se trata de un convenio de empresa, pues entonces lo único imprescindible es que sea ésta la que quede identificada, pues con ello queda ya inequívocamente delimitada su esfera funcional” (STS de 31 de octubre de 2003, I.L. J 2075).

5. NULIDAD

Tal sanción, que puede alcanzar a la totalidad o a sólo una parte del convenio, “debe quedar reservada a los supuestos de convenios pactados incumpliendo las previsiones de contenido mínimo del art. 85.2 ET, o las reglas que disciplinan la negociación colectiva estatutaria (arts. 87 a 89 ET), o que conculquen normas sustantivas de derecho necesario absoluto, únicas que prevalecen sobre las pactadas, de acuerdo con la reiterada y sobradamente conocida jurisprudencia constitucional y ordinaria que interpreta el art. 85.1 ET. En definitiva, la nulidad sanción debe quedar reservada para los convenios colectivos que nacen ya con los vicios expuestos, pero no para los que presentan defectos posteriores que dependen de una circunstancia tan aleatoria y ajena a la voluntad de sus negociadores como es la vigencia de un convenio anterior, cuya existencia puede ser incluso desconocida para aquéllos” (STS de 31 de octubre de 2003, I.L. J 2075).

6. ÁMBITO PERSONAL

Del convenio colectivo para el personal laboral de la Comunidad de Madrid. Vistas las peculiaridades que concurren en la prestación de servicios por parte de los profesores de religión católica que imparten sus enseñanzas en centros dependientes de una Administración Pública, concluye la STSJ de Madrid de 28 de octubre de 2003, I.L. J 1776, recordando doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencias 136/1987 y 73/1984), que aquéllas son suficientes para dar lugar a una diferencia objetiva y razonable que justifica el que éstos puedan ser excluidos del ámbito de aplicación del referido convenio.

7. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

En supuestos de sucesión de empresa. La situación de ultraactividad del convenio colectivo aplicable en la empresa o entidad transmitida no conduce a que los trabajadores afectados por la transmisión pasen a regirse por el convenio colectivo que en el momento de producirse ésta fuese de aplicación en la empresa adquirente. Aquel primer convenio continuará rigiendo para los indicados trabajadores hasta que se concluya un nuevo convenio colectivo que afecte a la empresa adquirente y sustituya al aplicable en ella en el momento de la sucesión (STS de 30 de noviembre de 2003, I.L. J 1557).

8. CONCURRENCIA

El efecto de la concurrencia no es la nulidad del convenio posterior invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal, dada la preferencia aplicativa que confiere el art. 84 ET al convenio anterior invadido. Así, **STS de 31 de octubre de 2003**, I.L. J 2075, con cita de las sentencias de igual Sala de 5 de junio de 2001 (recurso 2160/2000) y 7 de julio de 2002 (recurso 4859/2000):

“El art. 84 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, está también indicando de modo implícito que la situación en que queda el invasor es la mera ‘ineficacia aplicativa’.

Consecuencia lógica de lo dicho es que no cabe anular el convenio colectivo posterior válidamente negociado, por el hecho de que afecte o invada a otro anterior (...). Para alcanzar el objetivo previsto por el art. 84 bastará, pues, con declarar la inaplicación temporal, total o parcial, del posterior convenio invasor, mientras mantenga su vigencia el anterior invadido.”

9. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

1. Basándose la impugnación en la ilegalidad del convenio, la competencia de la jurisdicción laboral para conocer de ella se circunscribe a los supuestos en que la norma que se afirma vulnerada pertenezca a la rama social del Derecho. De poseer naturaleza administrativa, como sucede con las normas presupuestarias, la competencia pasaría a corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa. “Indudablemente, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas está sujeto a la legislación laboral, e, igualmente, no ofrece duda alguna que la impugnación de los convenios colectivos está atribuida a la jurisdicción del orden social”, en el artículo 2.m) de la LPL. “Sin embargo, la interpretación que se dice lógica y sistemática” del citado precepto, en relación con el artículo 1 de igual Texto legal y el art. 9.5 LOPJ, “lleva a considerar ‘implícito’ que la impugnación ha de venir motivada por transgredirse una norma de la rama social del Derecho y no una administrativa”. Ello persigue “cohonestar (...) las reglas que definen la competencia de uno y otro orden (...) y atendiendo al contenido, administrativo o laboral, de la norma que sirve de título a la pretensión” (**STSJ de Cantabria de 24 de junio de 2003**, I.L. J 1922, con cita de diversas sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo).

2. Mediando transferencia de la correspondiente competencia a la Comunidad Autónoma, la Administración del Estado carece de legitimación para la impugnación “de oficio” (por ilegalidad o lesividad) de un convenio colectivo cuyo ámbito no sobrepasa el territorio de aquélla. Tal legitimación queda reservada a la autoridad laboral autonómica. Otra

cosa es que la referida Administración del Estado pueda entrar en la categoría de terceros lesionados por el convenio suscrito y, por lo tanto, alcanzar legitimación para la impugnación “directa” por la vía del art. 163.1.b) LPL. Así, **STS de 29 de abril de 2003**, I.L. J 1869, siguiendo el criterio de la de 9 de igual mes y año (I.L. J 248; véase *Justicia Laboral*, número 16).

3. La indicación del art. 161.3 LPL, de que esa impugnación podrá instarse, cuando no se hubiese promovido de oficio, “por los trámites del proceso de conflicto colectivo”, no tiene el sentido de que hayan de ser los preceptos reguladores de dicho proceso especial los únicos aplicables, ni que la pretensión de impugnación deje de ser tal y pase a ser de conflicto colectivo. La aplicación de los aludidos preceptos es *parcial y supletoria*; esto es, limitada a aquellos extremos que no cuenten con reglas específicas en los arts. 163 y 164 LPL. De tales reglas específicas forman parte las relativas a la legitimación activa, de la que se ocupa, precisamente, el art. 163 LPL; por lo tanto, serán aquéllas, no las de los arts. 152 y 153 de igual Texto legal, las que habrá que tener en cuenta a la hora de decidir a quién corresponde la referida legitimación. En este sentido, en caso de accionarse por ilegalidad del convenio, la legitimación del sindicato no puede hacerse depender del requisito de que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto (convenio impugnado). Así, **STS de 26 de junio de 2003**, I.L. J 1663, que apunta, siguiendo la doctrina de la STS de 23 de marzo 1994 (recurso 2256/1992), que bastará con que se descubra en el sindicato que accione el interés que pide el art. 163.1.a) LPL:

De “la aplicación de la anterior doctrina al caso (...) resulta evidente que SEPHA es un sindicato ‘interesado’, que cumple con la exigencia legal para intervenir como parte en este proceso en los términos exigidos por el art. 163 LPL, desde el momento en que está implantado en la empresa y actúa en defensa del interés general de los trabajadores de IBERIA, careciendo de trascendencia cuál sea su ámbito estatutario de actuación territorial, el mayor o menor número de representantes que tenga en la empresa y el de centros de trabajo en que aquéllos desarrollen su actividad”.

Esa exigencia del interés no se corresponde con lo manifestado en la STS de 14 de abril de 2000 (I.L. J 1644), donde la Sala acoge la interpretación literal del art. 163.1.a) LPL y circunscribe el requisito a las asociaciones empresariales (véase *Justicia Laboral*, número 6).

4. Recuerda que la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos es la adecuada para conocer de los supuestos de concurrencia conflictiva total o parcial de éstos, la **STS de 31 de octubre de 2003**, I.L. J 2075:

“La Sala mantiene esta posición por entender, con parte de la doctrina científica, que la prohibición de concurrencia que establece el art. 84 ET autoriza a la autoridad laboral (...) y a los sujetos colectivos interesados (...) a impugnar el convenio por el referido cauce, previsto para corregir vicios de ilegalidad o de grave lesión del interés de terceros.”

VIII. Negociación Colectiva

5. La impugnación de que se trata no interrumpe los plazos de prescripción de las acciones de que dispone cada uno de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del convenio para atacar los concretos actos aplicativos de este que considere que lesionan sus intereses particulares o individuales (SSTJS de Cantabria de 6 y 27 de junio, I.L. J 1961 y 1953, respectivamente).

10. CONVENIOS COLECTIVOS EXTRAESTATUTARIOS

1. Sobre la imposibilidad del uso de los sectoriales para ampliar la duración del contrato eventual por circunstancias de la producción regulado en el art. 15.1.b) ET, STS de 18 de noviembre de 2003, I.L. J 2059, en casación para la unificación de doctrina:

“Cuando la ley contempla un efecto tan excepcional como el desplazamiento de una norma legal por una norma convencional que permite el artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, hay que entender que se está refiriendo a un desplazamiento que tiene que realizarse necesariamente a través de un convenio estatutario, que es el único que garantiza tanto la representatividad de los sujetos negociadores que acuerdan una medida de tanta trascendencia, como la eficacia general y normativa de la regla que ha de sustituir a la regulación legal.”

En igual dirección, SSTS de 17 y 20 de noviembre de 2003, I.L. J 2101 y 2015, también en casación para la unificación de doctrina. De acuerdo con la segunda, “la remisión que hace el art. 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores a los convenios colectivos para que amplíen la duración máxima de los contratos eventuales, lo es a los convenios colectivos estatutarios o de eficacia general”.

2. Sobre el ajuste a la libertad sindical de la posibilidad de que quienes negocien un convenio extraestatutario puedan acordar la representatividad necesaria para estar presente en la negociación, excluyendo al sindicato que no la alcance, STS de 11 de noviembre de 2003, I.L. J 2067.

11. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Por las comisiones paritarias

Trae a colación y reproduce la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la distinción entre comisiones paritarias con funciones negociadoras (con capacidad para introducir modificaciones en el convenio o establecer nuevas reglas) y comisiones paritarias con cometidos que no admiten tal calificación y gravitan en torno a la interpretación y aplicación del convenio, estas últimas de composición susceptible de quedar limitada a los sindicatos suscriptores del correspondiente convenio o acuerdo colectivo, la STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2003, I.L. J 1945.

B) Por los Tribunales laborales. Reglas de interpretación

Sobre la interpretación del convenio colectivo conforme a las reglas que rigen tanto la interpretación de las leyes como de los contratos, así como sobre la supremacía de la interpretación literal cuando los términos empleados resulten claros y no ofrezcan duda acerca de la intención de las partes ni aparezcan contrarios a ella, **STS de 28 de noviembre de 2003**, I.L. J 2115.

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. B) Fecha de producción del accidente y entidad responsable.

C) Enfermedad profesional. **9. Régimen económico, responsabilidad y garantía de las**

prestaciones. 10. Asistencia sanitaria. A) Dinámica de la prestación. **11. Incapacidad**

temporal. A) Dinámica de la prestación. **12. Maternidad. 13. Regímenes especiales.**

14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de Seguridad Social. A) Competencia e in-

competencia de la Jurisdicción Social. B) Reclamación administrativa previa.

1. FUENTES

Para la STJCE de 6 de noviembre de 2003, I.L. J 1900, una práctica administrativa consistente en denegar la aplicación del art. 69 del Reglamento 1408/71 al trabajador fronterizo en paro total al que se refiere el art. 71.1, letra a), inciso ii) del citado Reglamento que resida en un país y que quiera desplazarse a otro país para buscar empleo contraviene la norma comunitaria.

Para la STJCE de 4 de diciembre de 2003, I.L. J 1903, el principio de no discriminación reconocido en el art. 7, apartado 4, del Reglamento 1612/68 no se opone a que una persona que realice una función postuniversitaria sea considerada en un país miembro estudiante becario en prácticas (no estando incluida en el régimen general de cobertura por desempleo) mientras que en otros Estados miembros se considera que una persona que realice una función idéntica tiene una actividad profesional que le permite tener seguro de desempleo.

2. CAMPO DE APLICACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

Ante la situación de un trabajador que presta sus servicios para la Universidad de Castilla-La Mancha como personal no docente de Administración y Servicios, circunstancia

esta que motiva la situación de alta en la Seguridad Social, estando contratado al mismo tiempo como profesor asociado a tiempo parcial por la misma universidad –y por ello en situación de alta en la Seguridad Social en Régimen General– la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de junio de 2003**, I.L. J 2034, confirma la sentencia de instancia que considera existente, a efectos del aseguramiento social del trabajador, una situación de pluriempleo, sin que sea un impedimento que dicha situación de pluriempleo se dé respecto a una misma empleadora.

4. GESTIÓN

Expediente de recaudación ejecutiva. Embargo de bienes inmuebles propiedad de una sociedad constituida sin comunicar dicho hecho a la Tesorería. Doctrina del levantamiento de velo de la sociedad. En este recurso de casación, **STS de 18 de noviembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2087, la Tesorería General de la Seguridad Social recurre la declaración de nulidad efectuada en su fallo por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco del embargo de ciertos bienes inmuebles que pertenecían a los herederos. Entiende la sentencia recurrida que tales bienes no debieron ser embargados como de titularidad del causahabiente contra el que se dirigía el embargo. Previamente a entrar a examinar la declaración de nulidad de los embargos practicados, el Tribunal Supremo resuelve con carácter prejudicial “y con efectos limitados a este proceso” sobre la posible existencia de una situación de fraude de ley. Entiende el Tribunal que se aprecia de los hechos probados infracción de la doctrina de levantamiento del velo en relación con los arts. 6.4 y 7.2 del CC. Constan a tales efectos como probados los siguientes hechos: que el causante dejó de pagar durante dos años las cuotas a su nombre; que posteriormente el causante y sus hijos constituyen una sociedad anónima que continúa con la actividad comercial e industrial del causante; que tal constitución de la sociedad no se comunica a la Seguridad Social utilizando la sociedad el mismo código de cuenta de cotización del causante; que las tres fincas embargadas fueron utilizadas por el causante y posteriormente como base física en la que estaba instalada la explotación industrial; que las fincas continuaron inscritas a nombre del causante sin que conste título jurídico por parte de la sociedad.

Para calificar estos hechos, el Tribunal toma en consideración la resolución de la sentencia del Juzgado Civil, que si bien no tiene carácter firme, puede servir como antecedente al desestimar la pretensión de tercería de dominio por parte de los herederos. En dicha sentencia se aprecia una perfecta simbiosis entre los promotores de la tercería y la sociedad por lo que resulta inoperante el reconocimiento de la tercería de dominio. Junto a este antecedente el Tribunal aprecia indicios de fraude consistentes en la desviación de la titularidad de bienes afectos a la sociedad, unida al incumplimiento de comunicar los datos sobre transmisión de titularidad de la empresa a efectos de la cotización a la Seguridad Social. Aprecia, pues, el Tribunal –y consecuentemente casa la sentencia recurrida– unidad de empresa a efectos de declarar los bienes embargados de manera que no se puede interponer fraudulentamente la personalidad jurídica de la empresa en beneficio de las personas físicas que la integran.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Fecha de efectos económicos de la pensión de jubilación en el RETA. Requisito de hallarse al corriente en el pago de cuotas. El aplazamiento del pago de cuotas debidas tiene como efecto que el abono del pago de la pensión de jubilación, si tiene el período de carencia cubierto, se pospone al la fecha del ingreso total de las cuotas. La **STSJ de Madrid de 12 de junio de 2003**, I.L. J 1690, determina que la fecha de efectos económicos de la pensión de jubilación solicitada en el RETA será el momento en que el solicitante hubiese abonado la totalidad de las cuotas en descubierto. En el caso planteado, el INSS aplicó el art. 28.2 del Decreto 2530/1970 que regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en virtud del cual si el beneficiario tiene cubierto el período mínimo de cotización requerido pero no estuviese al corriente del pago de las cuotas, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si el ingreso se realiza transcurrido dicho plazo, la pensión también se concederá pero con efectos a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que tenga lugar el ingreso de las cuotas adeudadas. En el caso enjuiciado, el recurrente, tras el requerimiento de pago, ingresó meses más tarde parte de las cuotas debidas, solicitando a su vez un aplazamiento de pago al INSS. La entidad gestora concedió dicho aplazamiento por un año y finalmente el actor ingresó la totalidad de las cuotas pasados dos años desde la solicitud de la pensión. El actor solicita que la fecha de reconocimiento de los efectos económicos de la pensión se retrotraiga a la fecha del hecho causante de la prestación o, subsidiariamente a la fecha en que se reconoció la concesión del aplazamiento en el pago. Si bien el RD 2530/1970 no regula la posibilidad de aplazamiento en el pago de las cuotas, el TSJ identifica tal posibilidad de aplazamiento en el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, aunque tal aplazamiento sólo tiene cabida para las cuotas ingresadas con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma, circunstancia que no resulta aplicable al supuesto enjuiciado. El TSJ advierte que cuando el art. 42.3.b) de dicho Real Decreto reconoce que la concesión del aplazamiento dará lugar a que “sea considerado al corriente en sus obligaciones con la Seguridad Social respecto a las deudas aplazadas” no lo hace de forma genérica a todos los efectos sino sólo los señalados expresamente por dicho precepto (“en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, exención de la responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social”). En consecuencia, a juicio del Tribunal Superior de Justicia, tal concesión no comporta la retroactividad de los efectos a la fecha del hecho causante de la misma o al momento en que se concedió dicho aplazamiento por no tener cabida tal solución en la normativa aplicable al caso.

Responsabilidad empresarial ante incumplimiento por infracotización y cálculo de la pensión de jubilación. El empresario responde en el porcentaje del importe total de la prestación que sea proporcional al período de incumplimiento. En la **STSJ de Baleares de 19 de junio de 2003**, I.L. J 1965, se enjuicia un supuesto de hecho en que la empresa recurre la

sentencia de instancia que admitió la pretensión del trabajador de recalcular la base reguladora de la pensión de jubilación en base a la apreciación de diferencia entre los certificados expedidos por la empresa al trabajador del IRPF y las bases de cotización. Dicha sentencia asigna responsabilidad directa a la empresa en el pago de la prestación en proporción a la diferencia que resulte en el abono de la prestación. La empresa recurrente solicita que se le exima de tal responsabilidad en el pago en base a la escasa entidad del incumplimiento aportando jurisprudencia que atempera la responsabilidad en atención, por un lado, a la escasa diferencia entre la cuantía cotizada por el trabajador y la recibida por éste y, por otro lado, en atención al carácter ocasional o esporádico de tales incumplimientos. También alega a su favor la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Supremo inició en la STS de 8 de mayo de 1997 según la cual tales incumplimientos no tienen trascendencia al reunir el trabajador el período mínimo cotizado y, por tanto, no provocar un perjuicio para éste. Entiende el TSJ que la jurisprudencia alegada no es aplicable a este caso pues no se juzga el incumplimiento total por parte del empresario de cotizar por el trabajador sino un supuesto de infracotización. Y en tal supuesto si bien no queda afectado el período mínimo de cotización exigido sí que es apreciable perjuicio para el trabajador en el porcentaje de la pensión de jubilación causada. En consecuencia, y tras advertir el Tribunal que la empresa recurrente ha cotizado indebidamente por el trabajador durante muchos años, confirma la sentencia del Juzgado de lo Social por lo que fija el alcance de la responsabilidad empresarial en el porcentaje del importe total de la prestación que sea proporcional al período de incumplimiento.

7. RECAUDACIÓN

La mayor parte de la jurisprudencia del período viene referida, como en números anteriores, al plazo de prescripción para la devolución de lo indebidamente percibido. Destaca en este sentido que la aplicación de la excepción jurisprudencial en atención a la buena fe y diligencia del beneficiario, por el que se reducía a tres meses el plazo de prescripción, sólo es aplicable antes del 31 de diciembre de 1997, siendo de aplicación con carácter general el plazo de 5 años (hasta el año 1999, en el cual se reformó para pasar a ser cuatro: ver **STS de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 1555; **STSJ de Madrid de 9 de junio de 2003**, I.L. J 2003; **STSJ de Asturias de 13 de junio de 2003**, I.L. J 1958; **STS de 14 de junio de 2003**, I.L. J 2006; **STS de 18 de noviembre de 2003**, I.L. J 2008).

Por otra parte, la **STSJ de Galicia de 30 de mayo de 2003**, I.L. J 1597, establece que el Instituto Social de la Marina puede revisar el acto de reconocimiento de una prestación que se perciba indebidamente desde el momento en el que tuvo conocimiento cabal de la situación del perceptor de la misma.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 2003**, I.L. J 1609, el reintegro de prestaciones indebidas se tramita por la entidad gestora competente en procedimiento administrativo autónomo y distinto del procedimiento sancionador seguido por la Autoridad Laboral, siendo precedente dicho reintegro cuando la resolución sancionadora es firme en vía administrativa.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La STS de 13 de octubre de 2003, I.L. J 1792, sigue la doctrina de la STS de 15 de febrero de 1996, dictada en recurso de casación para unificación de la doctrina, que admite la consideración del infarto de miocardio como accidente de trabajo en ciertos supuestos. El TS ha venido dando a dichas lesiones el carácter de accidente al considerar que el art. 115.3 LGSS establece una presunción que requiere la prueba en contrario evidenciadora en forma inequívoca de la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad, y para ello es preciso que se trate de enfermedades que “no sean susceptibles de una etiología laboral o que esa etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario”, precisándose a estos efectos que, en principio, no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación o desencadenamiento de una crisis de taquicardia como la sufrida por la trabajadora. En el mismo sentido, vid. la STSJ de Extremadura de 24 de junio de 2003, I.L. J 1755.

Para la STSJ de Madrid de 9 de junio de 2003, I.L. J 1691, la contingencia de incapacidad temporal padecida por el trabajador lo fue por accidente de trabajo, pues la crisis de ansiedad diagnosticada en el Servicio de Urgencias quedó corroborada por el informe sanitario emitido por el Servicio de Salud Mental, a cuyo tenor “(...) el trabajador sufre una reacción ansiosa, como trastorno adaptativo, secundario a estrés laboral importante (...)”, no quedando desvirtuada la presunción *iuris tantum* por ningún elemento de prueba, habiéndose producido el accidente dentro de la jornada laboral.

La STSJ de La Rioja de 3 de junio de 2003, I.L. J 1699, analiza el caso de una trabajadora que tuvo un accidente de trabajo cuando se encontraba prestando servicios para la empresa demandada, cuando al extraer una bandeja de un lavavajillas sintió un fuerte tirón en el hombro, siendo intervenida quirúrgicamente para acromioplastia. Lo que implica nos encontramos ante el supuesto de hecho bien del artículo 115.2.f), bien del 115.3 LGSS, que determinará necesariamente la calificación como derivada de accidente de trabajo.

Por el contrario, tampoco considera que estemos ante accidente de trabajo la STS de 6 de octubre de 2003, I.L. J 1782, faltando los requisitos para que opere la presunción del art. 115.3 LGSS. En los hechos probados consta que del informe de la autopsia resultó que la muerte se produjo por causas naturales, lo que descarta la naturaleza laboral del fallecimiento. Tampoco la parte actora ha practicado prueba que acredite en qué lugar del trabajo se encontraba el trabajador cuando se sintió mal, hora en que se sintió enfermo u otras circunstancias que permitieran estimar que, aunque no se tratase del tiempo de trabajo, la actividad ejercitada previamente a éste pudo ser desencadenante de la enfermedad, por tratarse de tiempo de preparación para el trabajo, no pudiendo, por tanto, operar la presunción del art. 115.3 LGSS.

La STS de 3 de noviembre de 2003, I.L. J 2106, tampoco considera accidente de trabajo la dolencia que causó el desvanecimiento del trabajador, que era una malformación congénita arteriovenosa en el hemisferio cerebeloso, lo que le produjo una hemorragia suba-

racnoidea por ruptura de uno de los dos aneurismas. La condición de dolencia congénita ofrece una primera aproximación para estimar que no tenía relación con el trabajo y que podría haberse producido el desvanecimiento en cualquier lugar, y ello es preciso conectarlo con el hecho admitido de que el trabajador no realizó ningún esfuerzo, ninguna actividad que pudiera vincularse con la rotura del vaso afectado. La presunción de laboralidad a que se refiere el art. 115.3 LGSS ha quedado, en este caso, desvirtuada, al unirse las circunstancias descritas que excluyen el suceso de cualquier relación con el trabajo.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de abril de 2003**, I.L. J 1623, la fibrosis padecida por el trabajador no deriva del trabajo realizado, ni es producto de un esfuerzo, sino que es una evolución del organismo a la intervención quirúrgica (de manera que la fibrosis se califica reiteradamente como postquirúrgica y no como postraumática o post esfuerzo). Como se extrae de la STS de 30 de abril de 2001, enfermedad se distingue del accidente porque en aquélla hay una evolución natural e interna del deterioro propio de los seres orgánicos vivos; en el accidente hay un agente específico que desencadena, agrava o acelera las consecuencias del deterioro. Cuando este agente externo se vincula —como causa o al menos o como ocasión— con el servicio contenido del contrato de trabajo, prevalece esta naturaleza del agente externo y se convierte la enfermedad en accidente de trabajo. Cuando no hay agente externo al sujeto que incida en la evolución del organismo, no hay nada más que enfermedad.

Tampoco se da la existencia de accidente de trabajo para la **STSJ de Extremadura de 6 de junio de 2003**, I.L. J 1760. Según dicha sentencia, en ningún lugar consta que se produjera la contractura muscular en el hombro izquierdo en el trabajo o desempeñando las tareas propias de su oficio. No existe parte de accidente, y la lesión es vista por vez primera en los servicios médicos de la Mutua. Como cuestión primordial ha de afirmarse que no existe accidente, no cabe aplicar la presunción de laboralidad prevista en el apartado 3 del art. 115 LGSS. Ello lleva a la demandante recurrente a tener que cumplir con la carga probatoria que sobre ella pesa, tiene su causa en el proceso osteoartrosico que sufre la trabajadora, un proceso crónico, progresivo y degenerativo.

B) Fecha de producción del accidente y entidad responsable

Para la **STS de 30 de septiembre de 2003**, I.L. J 1560, recoge la jurisprudencia reiterada según la cual la entidad responsable de los riesgos derivados de accidente de trabajo es aquella que los tenía asegurados en el momento de producirse el accidente. Es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad. Así pues, la protección se otorga por la entidad gestora o colaboradora que tuviera establecida la cobertura en el momento del accidente. Ésta es la que responde de todas las consecuencias del accidente (art. 126.1 de la Ley General de la Seguridad Social en relación con los arts. 5 y 6 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, 25 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 y 30 y 31 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967), aunque se manifiesten con posterioridad. Por otra parte, basta que el trabajador esté en alta en el momento del accidente para que

IX. Seguridad Social

acceda a la protección, aunque no lo esté en el momento posterior de manifestarse la secuela correspondiente. La responsabilidad de la incapacidad permanente total reconocida al actor corresponde a la Mutua Patronal, exonerando de responsabilidad al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social.

C) Enfermedad profesional

La STSJ de Asturias de 20 de abril de 2003, I.L. J 1667, analiza un supuesto de enfermedad profesional derivada de silicosis. Dicha enfermedad, determinante de su invalidez permanente total por enfermedad profesional, se adquirió durante el tiempo que fue picador, no durante el resto de su actividad minera. El trabajador, que ha desempeñado en su vida profesional varios puestos de trabajo con riesgo pulvígeno, accede a prestación de incapacidad permanente por silicosis una vez jubilado –y sin manifestación anterior de la enfermedad–. Siguiendo el criterio jurisprudencial de la probabilidad cuando existe la duda de situar el momento de adquisición de la enfermedad, lo que resulta evidente es que enfrentadas dos categorías –una de alto riesgo como picador y durante más tiempo y otra de menor riesgo (maquinista de extracción) y menor tiempo–, la conclusión, pese a ser ésta la última profesión habitual, es que la enfermedad, de reconocido proceso lento e insidioso, se produjo como consecuencia de la actividad más relevante desde el punto de vista del riesgo, picador.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, RESPONSABILIDAD Y GARANTÍA DE LAS PRESTACIONES

En la STS de 25 de junio de 2003, I.L. J 1662, se analiza un supuesto de responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y cotización. En el caso objeto de estudio, la beneficiaria de prestaciones por jubilación solicita, frente al INSS, la TGSS y su empresa (Telefónica de España, SA) la revisión al alza de la cuantía de su pensión. Para el Tribunal Supremo no ha quedado suficientemente acreditado un comportamiento empresarial que responda a los predicados de la buena fe, sino que, por el contrario, pretendió soslayar el contenido de una sentencia firme que había declarado la existencia de relación laboral entre las partes desde 26 de diciembre de 1967, fecha en que quedó fijada la antigüedad de la trabajadora. La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo –que acepta el principio de ponderación de la voluntad del agente y el de proporcionalidad en la apreciación de la responsabilidad empresarial–, no resulta aplicable a este caso concreto, debiendo estarse a lo que dispone el art. 126 LGSS, de cuyo número 2 deriva la responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas, bajas y cotización.

La STS de 30 de junio de 2003, I.L. J 1664, recuerda que el principio de presunción de inocencia, presunción que conforme a reiterada jurisprudencia únicamente tiene asiento en la esfera jurídico-penal, y no en la esfera civil-laboral de incumplimientos contractuales del deber de seguridad asumido por el empleador. Desde este plano, lo que ha de examinarse, y ello está en relación con la doctrina sobre la carga de la prueba, es si existe o no una relación de causalidad entre la conducta, de carácter culpabilística por acción u

omisión del empresario, en relación a la adopción de medidas de seguridad en el trabajo y el accidente o daño producido. En la respuesta al interrogante han de valorarse todas las pruebas admitidas en derecho, y, además, las presunciones, reguladas en el momento del hecho causante en los artículos 1249 a 1253 del CC y, en la actualidad, en la Sección Novena de la LEC, que derogó las normas citadas del Código Civil, aunque, en realidad y en lo que nos afecta, tanto el aplicable y derogado art. 1253 CC, como el nuevo 386 LEC, permiten que el Tribunal a partir de un hecho admitido o probado podrá presumir, a los efectos del proceso, otro hecho si entre el admitido o probado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La conclusión es que, a la vista de los hechos probados, los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la causación del daño, que quizás no se hubiese producido si se hubiesen cumplido las condiciones mínimas de seguridad.

La STSJ del País Vasco de 18 de marzo de 2003, I.L. J 1564, estima procedente el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, recordando que es obligación del empresario garantizar que cada trabajador reciba información práctica y teórica que responda a los riesgos del puesto de trabajo que desempeña. Corresponde al empresario adoptar toda clase de medidas para garantizar la protección en el acceso al trabajo. No es por tanto baladí que el puesto de gruísta que ocupaba el trabajador accidentado (de veinte años de edad, que éste era su primer empleo, que era un trabajador temporal y que sólo había recibido un curso de formación interna de ocho horas sobre conceptos básicos de seguridad en el manejo de grúas y, por tanto, no posible de abordar situaciones concretas y puntales pero extraordinarias como excepción a la normalidad) no previera que, en caso de avería del carro que abastece la máquina F-3 tuviera o pudiera utilizarse el de la máquina chapa-2 si ello suponía riesgos distintos y añadidos (como la necesidad de bajar al foso).

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Dinámica de la prestación

Según la STSJ del País Vasco de 11 de marzo de 2003, I.L. J 1565, el trabajador afiliado a la Seguridad Social, aunque haya sido declarado autor de un delito contra la seguridad del tráfico a resultas del cual sufre lesiones y ha de afrontar gastos como consecuencia del accidente de tráfico tiene derecho a cuantas prestaciones sanitarias necesite en el campo de la sanidad pública, así como a ser usuario de los servicios sanitarios, debiendo ser reintegrado de los gastos sanitarios que haya podido efectuar.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de marzo de 2003, I.L. J 1569, reconoce el derecho al subsidio de incapacidad temporal tras haber agotado un período de incapacidad temporal

IX. Seguridad Social

anterior y sin haber completado seis meses de actividad laboral, siempre que se reúnan 180 días de cotización en los últimos cinco años. En caso de baja por incapacidad temporal con sucesivos períodos de recaída, se computa como un solo proceso de incapacidad temporal, cobrándose el subsidio a partir del quinto día.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 1571, el cobro de la prestación económica de incapacidad temporal no está condicionado a una solicitud previa del beneficiario, pudiendo hacerse efectiva de manera directa y automática una vez presentados los partes de baja y confirmación, quedando ese sí, sujeta al plazo de caducidad de un año.

En la **STSJ de Castilla y León de 3 de marzo de 2003**, I.L. J 1725, se discute el supuesto de una baja médica tras un despido que es declarado improcedente y en el que la empresa opta por la indemnización, extinguiéndose la relación laboral con el despido. En tales casos no cabe exigir al empresario el abono de las prestaciones económicas de incapacidad temporal si la baja médica se produce tras el despido.

Según la **STS de 21 de octubre de 2003**, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 1821, a efectos de calcular la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, las horas extraordinarias repercuten en el subsidio sólo en su valor de promedio anual.

En la **STSJ de Canarias de 6 de marzo de 2003**, I.L. J 1860, se discute si ante un nuevo brote de la misma enfermedad por la que se agotó un período de duración máxima de una incapacidad temporal se ha de exigir un nuevo período de cotización por seis meses o si será suficiente la exigencia general del art. 130 de la LGSS de que se haya cotizado seis meses en los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. Y al respecto señala la Sala que el período máximo de duración de la incapacidad temporal (18 meses), se refiere a cada proceso, y no a procesos posteriores que en cada caso tendrán aquella duración máxima, de modo que si no existe salida del régimen de Seguridad Social y se continúa cotizando, se tiene derecho al subsidio de incapacidad temporal. En el mismo sentido: **STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2003**, I.L. J 1942].

Según la **STSJ de Baleares de 22 de mayo de 2003**, I.L. J 1891, el embarazo es causa de suspensión del contrato de trabajo por aplicación del art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y por aplicación del art. 134 de la LGSS la prestación económica nacerá el día en que se inicie la suspensión del contrato, correspondiendo a la Entidad Gestora su pago.

La **STS de 24 de noviembre de 2003**, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 2013, señala que el alta médica con informe propuesta de lesiones permanentes no invalidantes o de incapacidad permanente parcial es causa de extinción de la incapacidad temporal.

Según la **STSJ de Castilla y León de 1 de julio de 2003**, I.L. J 2052, dado que el trabajador estaba trabajando con normalidad, y sólo a partir del accidente de trabajo, ha dejado de

hacerlo, se ha de concluir que el proceso de incapacidad temporal iniciado por el trabajador deriva del accidente de trabajo que sufrió.

Según la **STS de 26 de noviembre de 2003**, dictada en casación para la unificación de doctrina, I.L. J 2107, el cambio en la gestión por voluntad de la empresa implica que corresponde a la entidad (gestora o colaboradora), que se ha hecho cargo de la incapacidad temporal derivada de enfermedad común, el abono a todos los trabajadores del subsidio de incapacidad temporal, incluidos el de aquellos que la iniciaron antes de producirse tal cambio asegurativo.

12. MATERNIDAD

Para la **STSJ de Baleares de 22 de mayo de 2003**, I.L. J 1891, cumplidos los requisitos establecidos en art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el art. 135.2 LGSS la prestación económica cuyo pago corresponde a la Entidad Gestora nacerá el día en que inicie la suspensión del contrato.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

En la **STSJ de Castilla y León de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 1731, se evita a un médico especialista el tener que pagar las cotizaciones al RETA desde el día 1 de enero de 1999. La discusión pivota sobre la fecha de inicio de la actividad profesional, dado que a partir de la Ley 30/1995 se dictaron prolijas disposiciones transitorias atendiendo a tal criterio para señalar las obligaciones de encuadramiento en el RETA o en las mutualidades alternativas existentes en algunos colegios profesionales. Declarándose como probado el inicio de la actividad profesional en el año 1992, aun cuando no se dio de alta en el IAE hasta 1998, y dado que en su colegio profesional no existía una mutualidad substitutoria, el Tribunal anula los efectos retroactivos que la Tesorería General de la Seguridad había otorgado al alta solicitada en el año 2002.

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de junio de 2003**, I.L. J 2032, se concluye a efectos del encuadramiento en el RETA que quien ejerce de Administrador de una empresa en la que ostentó el 60 por ciento de su capital debe considerarse que ostenta su control efectivo, y por ejercer una actividad más extensa que el mero consejo, debe procederse a su afiliación en el RETA sin que obste a ello la pretendida falta de remuneración, ya que ésta se percibe indirectamente mediante los beneficios de la sociedad.

Régimen Especial Agrario

La **STSJ de Baleares de 20 de junio de 2003**, I.L. J 1963, afronta un nuevo caso en el que la jurisprudencia no ha sido uniforme: la determinación de si las labores pecuarias

pueden calificarse como agrarias a los efectos del encuadramiento en el REA. El Tribunal considera que los criterios del art. 10 del Decreto 3772/1972 que reglamenta este Régimen se extralimitan a lo dispuesto en el art. 10.2.a) de la LGSS y el texto refundido aprobado por Decreto 2123/1971, por lo que la actividad pecuaria consistente en la explotación directa del ganado, sin ser complementaria de un proceso industrial o fabril, aunque predomine sobre la actividad agrícola, queda incluida en el campo de aplicación del Régimen Especial Agrario.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

Según la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2003, I.L. J 1605, no puede esgrimirse como causa válida para abandonar la asistencia a cursos de formación el tener cargas familiares por cuidado de hijos, ni tampoco para rechazar una ocupación adecuada, en tanto que la contingencia de desempleo exige voluntad y disponibilidad para el trabajo, por lo que cabe calificarla como infracción grave conforme a la Ley de Infracciones y Sanciones.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

Señala la STS de 30 de octubre de 2003, I.L. J 1774, que el capital coste tiene un componente económico en favor de la entidad gestora, pero no pertenece propiamente a la gestión recaudatoria, sino a una contraprestación a cargo del beneficiario. Se trata de un condicionante que el legislador ha previsto para acceder a una pensión superior a la que corresponde en función de las cotizaciones realmente abonadas, y por tanto la cuestión tiene más carácter prestacional que recaudatorio. Se reafirma la competencia del orden social de la jurisdicción para conocer, tanto de lo referente al reconocimiento del beneficio reglamentario como para la determinación del importe del capital coste y de su reintegro y, consiguientemente, del derecho de la entidad gestora a reintegrarse de lo adeudado. Por ello, procede la estimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la sentencia de suplicación. En el mismo sentido, vid. las SSTs de 15 de octubre, 13 de noviembre y 1 de diciembre de 2003, I.L. J 1813, 1991 y 2156.

En el caso de las SSTs de 14 y 20 de octubre y 28 de noviembre de 2003, I.L. J 1814, 1827 y 2124, también se declara competente el orden social. Según dichas sentencias, los demandantes, sacerdotes y religiosas secularizados tienen reconocido un incremento en el porcentaje aplicable a su pensión de jubilación, por el período de tiempo en que realizaron la actividad religiosa a la Iglesia Católica, según el RD 2665/1998, de 11 de diciembre. El INSS comunicó a cada uno de los actores que, en virtud de lo dispuesto en dicha norma reglamentaria, le había sido reconocida una pensión de jubilación mejorada. La entidad gestora advirtió a los demandantes de la obligación que les impone el art. 4 del RD 2665/1998, en cuanto al abono del capital coste correspondiente al período de

tiempo que se le reconoció como cotizado, por cuya razón procedía a detraer mensualmente de la pensión una cantidad por el concepto de capital coste. El capital coste tiene un componente económico a favor de la entidad gestora, pero no pertenece propiamente a la gestión recaudatoria, sino a una contraprestación a cargo del beneficiario para compensar a la entidad gestora de la ventaja que representa el incremento de la pensión de jubilación, sin responder a cotizaciones reales. Constituye un condicionante que el legislador ha previsto para acceder a una pensión superior a la que corresponde en función de las cotizaciones abonadas, y por ello la cuestión tiene más un carácter prestacional que recaudatorio.

Para la **STS de 25 de noviembre de 2003**, I.L. J 2105, la reclamación del reintegro de gastos sanitarios por error de diagnóstico debe plantearse ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Los litigios suscitados en el supuesto de necesidad médica urgente de carácter vital, cualquiera que sea su causa, siguen estando atribuidos a la jurisdicción social, en virtud del art. 2.b) LPL, en cuanto constituyen un supuesto excepcional de extensión o expansión del derecho a la asistencia o protección sanitaria de los asegurados, sobre cuyo alcance debe decidir el orden social de la jurisdicción. Corresponde, en cambio, al orden contencioso-administrativo, en virtud del art. 2.e) LJCA, el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario.

También para la **STS de 1 de diciembre de 2003**, I.L. J 2146, es la jurisdicción contencioso-administrativa (y no la social) la que resulta competente para todas aquellas cuestiones relativas a la cotización, incluida la del facultativo especialista que reclama permanecer de forma ininterrumpida en alta en la Seguridad Social no sólo los días en que se presten servicios efectivos, sino durante todo el período en que se mantenga vigente su relación de servicios con el INSALUD. La competencia del orden contencioso-administrativo alcanza, cuando se trata de cotizaciones, no sólo a esas operaciones materiales de cobro, sino también a la declaración de la existencia de la obligación de cotizar y a la determinación de su importe. A diferencia de lo que ocurre con la acción protectora, comprende todos los actos de declaración de la deuda y de fijación de su importe (liquidación).

Según la **STSJ de Madrid de 23 de junio de 2003**, I.L. J 1693, el reaseguro, tal como viene definido en la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 2 de marzo de 1998, es una obligación de origen legal y no contractual impidiendo situaciones de desequilibrio financiero que pongan en peligro la dispensación de prestaciones de Seguridad Social, lo que entra de lleno en la órbita de acción del art. 2.b) LPL, y, por eso, este orden jurisdiccional resulta competente. La protección de los accidentes de trabajo se establece con una técnica próxima al aseguramiento (art. 70 LGSS) en la que el reaseguro opera como un mecanismo complementario de compensación (arts. 87.3 y 201.2 LGSS), que ha de seguir, en virtud de este carácter, la cobertura de aquel aseguramiento.

IX. Seguridad Social

Para la STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2003, I.L. J 1939, la jurisdicción laboral es la competente en un litigio en materia de encuadramiento en el RETA, con determinación de la fecha a partir de la cual debe entenderse producido aquél, de acuerdo con los arts. 9.5 LOPJ, 2.b) LPL y 63.2 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero. Y ello aunque la decisión tenga indudable efecto sobre la obligación de cotizar y la recaudación de cuotas, pues tal efecto, en todo caso, ha de estimarse indirecto, dado que el principal efecto del encuadramiento y el alta es la integración del trabajador en uno de los Regímenes del sistema de la Seguridad Social.

Según la STSJ de Madrid de 9 de junio de 2003, I.L. J 1692, la jurisdicción contencioso-administrativa, y no la social, seguía siendo la competente, hasta la entrada en vigor de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 29/1998, para conocer de las “las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho administrativo en materia laboral”, conforme al art. 3.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, en su redacción todavía vigente (STS de 11 de octubre de 2001). En definitiva, nos encontrábamos ante un acto sancionador en el que la entidad gestora actúa como poder delegado del Estado en materia sancionadora, sin cobertura expresa de norma legal que permita conocer a la jurisdicción social.

B) Reclamación administrativa previa

Según la STS de 29 de septiembre de 2003, I.L. J 1745, resolución es el acto cualificado de fondo y forma que pone fin al procedimiento administrativo (arts. 87.1 y 89.1 LPAC). La LPL, al contrario de lo que ocurre con la LPAC, no contempla la impugnación directa de los actos de Seguridad Social de instrucción y de trámite, cualquiera que sea su alcance. El art. 71.2 es claro al respecto. La reclamación previa, que es el único medio de impugnación administrativa que prevé la LPL, sólo cabe frente a la “resolución o acuerdo”, esto es, frente al acto que pone fin a la vía administrativa, único contra el que el interesado puede luego demandar ante los tribunales sociales; en este caso, la conjunción disyuntiva “o” que utiliza el precepto hay que entenderla en su sentido de equivalencia o equiparación de los términos “resolución” y “acuerdo” como actos de conclusión administrativa, sin que quepa diferenciar al segundo para atribuirle algunos de los otros sentidos con que aparece en la LPAC [por ejemplo, en los arts. 54.d) y e), 69.1 y 2]. Dicha limitación se corresponde con los principios de concentración, celeridad y economía que inspiran el proceso laboral (art. 74.1 LPL), conforme a los cuales sería ilógico autorizar la impugnación de los actos de trámite de un expediente, cuando éste, una vez finalizado, puede debatirse en su totalidad en el correspondiente proceso laboral. Además, la concentración de la controversia en torno a la resolución que pone fin al expediente es no sólo aconsejable, sino necesaria para una gestión rápida y eficaz de los procedimientos de concesión de pensiones públicas, que se vería sin duda dilatada extraordinariamente en el tiempo y en evidente perjuicio de los beneficiarios del sistema, si las Entidades Gestoras tuvieran que responder frente a cada acto intermedio de los miles de expedientes que debe resolver.

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) Jubilación complementaria. g) 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. **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 9 a 12 de 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1548 a J 2186).

1. DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

Para la obtención de la prestación por desempleo es requisito indispensable, como así dispone el artículo 203 LGSS que el beneficiario “pueda y quiera trabajar”, es decir, la protección de la contingencia de desempleo no solamente exige la voluntad de querer trabajar sino también la disponibilidad al efecto, lo que excluye que las circunstancias normales, personales o familiares puedan esgrimirse como causa de rechazo de trabajo adecuado, o como ocurre en el caso resuelto por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2003**, I.L. J 1605, para dejar de asistir a cursos de formación y reconversión profesionales impartidos por entidades colaboradoras del INEM.

Esta sentencia se inserta en la línea jurisprudencial iniciada por la STS de 8 de febrero de 1995, aunque ésta se refiera al rechazo de una oferta de empleo por aducirse por la desempleada la necesidad de cuidado de un hijo menor.

La normativa aplicable a este caso es el artículo 231.c) LGSS que establece como obligación del trabajador desempleado la de participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales que determine el INEM o las entidades asociadas de los Servicios Integrales para el empleo, calificándose la negativa a dicha participación de infracción grave en el artículo 30.2 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sancionada con la extinción de la prestación o subsidio por desempleo.

A la solución contraria se llega en la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2 de julio de 2003, I.L. J 2051, en la que el juez entiende que la baja voluntaria en la empresa con la que la actora tenía una relación laboral de carácter indefinido, por “problemas familiares” está plena y sobradamente justificada.

c) Contenido y modalidades de la prestación

La modalidad de pago único es una medida de fomento del empleo autónomo recomendada por la Comisión Europea, el 10 de julio de 2002, sobre participación financiera de los trabajadores en la empresa, que en nuestra legislación cuenta con una larga tradición

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

desde el RD 1044/1985, de 19 de junio, cuyo artículo 1.1 determina “quienes sean titulares del derecho a la prestación por desempleo del nivel contributivo, por haber cesado con carácter definitivo en su actividad laboral, podrán percibir de una sola vez el valor actual del importe de la que pudiera corresponderles en función de las cotizaciones efectuadas, cuando acrediten ante el INEM que van a realizar una actividad profesional como trabajadores autónomos o socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad que tenga el carácter de laboral según las correspondientes normas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.

Por tanto esta modalidad de prestación por desempleo tiene por finalidad fomentar el autoempleo, siendo la característica esencial para el pago de la prestación de desempleo en su modalidad de pago único, el que tras la pérdida de un empleo se cree otro empleo.

Por esta razón la **STSJ de Cantabria de 24 de junio de 2003**, I.L. J 1921, entiende que no procede el reconocimiento de la prestación por desempleo en esta modalidad a los actores, porque no queda acreditado que su finalidad vaya a ser la creación de empleo, y resuelve la existencia de fraude legal al no darse los presupuestos contenidos en el artículo 1.1 RD 1044/1985, en relación con el artículo 228.3 LGSS.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

La cuestión planteada ante la **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2003**, I.L. J 1620, versa sobre el modo en que deben aplicarse los topes máximo y mínimo de la cuantía de la prestación por desempleo a que se refiere el artículo 211.3 LGSS, cuando, como ocurre en el presente caso, el trabajador ha venido prestando servicios a tiempo completo durante los seis últimos meses, a excepción de los últimos 15 días en que vio reducida su jornada al 50 por ciento.

La Entidad Gestora aplica un 50 por ciento sobre el tope del 220 por ciento del salario mínimo interprofesional aplicable al actor, al considerar que la jornada vigente al tiempo del cese en el trabajo era la del 50 por ciento de la jornada ordinaria.

Por el contrario, la sentencia de instancia introduce un índice corrector, utilizando un promedio de la jornada trabajada en los últimos seis meses, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, sin atender, por tanto a la duración de la jornada laboral en el momento de extinción del contrato.

Como es sabido, el artículo 211.3 LGSS establece unos topes máximos y mínimos de la cuantía de la prestación, atendiendo al salario mínimo interprofesional, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias, vigente en el momento del nacimiento del derecho.

Sin embargo, cuando se trata de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, el inciso final del párrafo primero del artículo 211.3 LGSS, establece “que las cuantías mínima y máxima se determinarán teniendo en cuenta el salario mínimo interprofesional que hubiera correspondido al trabajador en función de las horas trabajadas”.

La cuestión interpretativa se centra en concretar si la expresión “en función de las horas trabajadas” ha de venir referida a la jornada laboral que tuviera el trabajador en el momento de la extinción de la relación laboral, con exclusión de toda consideración a las jornadas a tiempo completo, que con anterioridad hubiera podido desempeñarse o si, por el contrario, es procedente promediar las distintas jornadas laborales que hubiere tenido dicho trabajador durante los últimos 180 días, que es el módulo temporal que utiliza el artículo 211.1 LGSS para determinar la base reguladora de la prestación.

Esta última solución ha sido el criterio mantenido por jurisprudencia anterior, en relación con el subsidio por desempleo (STS de 20 de diciembre de 2002), y es la que en este caso considera adecuada aplicar el TSJ de Castilla-La Mancha, aunque en este caso referida a la prestación por desempleo.

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de mayo de 2003**, I.L. J 1611, se plantea si el trabajador tiene derecho a reanudar la prestación suspendida, sin necesidad de optar, tal como dice el artículo 210.3 LGSS entre tal reanudación y la nueva prestación que se generaría por aplicación del artículo 210.1 del mismo texto legal, al acreditarse 362 días de ocupación cotizada, nueva prestación que quedaría en reserva para ser usada una vez se agote la suspendida.

En la sentencia de instancia se razona que como la extinción del derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extingue por la realización de un trabajo de duración igual o superior a 12 meses, según el artículo 213.1.d) LGSS y el trabajador sólo ha desempeñado un trabajo por cuenta ajena durante 362 días, la prestación suspendida no se ha extinguido y no entra en juego la opción prevista en el artículo 210.3 LGSS.

Sin embargo, la conclusión a la que se llega en la sentencia de instancia no es conforme a la doctrina jurisprudencial que a la hora de interpretar conjuntamente los artículos 210.3 y 213.1.d) LGSS determina que lo decisivo para considerar extinguida la prestación por desempleo suspendida es que el trabajador tenga acceso a una nueva prestación por haber acreditado 360 días de ocupación cotizada, en cuyo caso deben aplicarse las previsiones del artículo 210.3 LGSS, debiendo optar el trabajador entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones.

El TSJ de Castilla-La Mancha resuelve en consecuencia a la doctrina seguida anteriormente por la jurisprudencia en pronunciamientos como la STS de 30 de marzo de 2000, entendiéndose que como el trabajador disponía de una prestación por desempleo suspendida y ha realizado un trabajo por cuenta ajena, acreditando una ocupación cotizada de 362 días, debe concluirse que dicho trabajador podrá optar entre reabrir el derecho inicial suspendido o solicitar una nueva prestación que ha generado con las nuevas cotizaciones, pero teniendo en cuenta que si el trabajador opta por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron la prestación por la que no hubiera optado no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial, tal como se establece en el artículo 210.3 LGSS.

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

f) Compatibilidad e incompatibilidades

La cuestión que se plantea ante el **Tribunal Supremo, en la STS de 28 de octubre de 2003, I.L. J 1775**, es la de decidir si la percepción de prestaciones por desempleo es o no compatible con la percepción *a posteriori* de unos salarios de tramitación correspondientes al mismo período.

El actor plantea en su defensa que los preceptos citados por el INEM en la sentencia recurrida no dicen que los salarios de tramitación sean incompatibles con la prestación por desempleo. No obstante, según el Tribunal Supremo, la interpretación que cabe hacer de dichos preceptos ha de atender a la finalidad que con ellos se pretende conseguir, y a la propia finalidad de las prestaciones por desempleo.

Así, las prestaciones por desempleo lo que compensan es la pérdida de rentas derivadas de una actividad laboral; y en este sentido los salarios de tramitación lo que vienen a compensar es lo mismo, la falta de percepción salarial por un determinado período.

Es más, y aunque no sea aplicable a este caso por haberse dictado con posterioridad, la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, con la reforma que ha introducido en el artículo 209 LGSS, confirma esta teoría, pues de forma expresa contempla la incompatibilidad entre salarios de tramitación y prestaciones por desempleo.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

Como es sabido, para tener derecho al subsidio por desempleo es necesario acreditar, entre otros, el requisito de carencia de rentas. En la **STSJ del País Vasco de 18 de marzo de 2003, I.L. J 1563**, se resuelve un recurso planteado en torno a la denegación del subsidio por desempleo por incumplimiento de dicho requisito.

Como hechos probados se declaran los siguientes: en el momento de solicitud del subsidio por desempleo la actora era propietaria en el cincuenta por ciento de un local, junto con su hermana, lo que debe entenderse que por sí solo no modifica las normas que rigen el acceso a percibir prestaciones, si del mismo no se derivan beneficios.

Posteriormente se pone en marcha un negocio en dicho local en titularidad compartida con su hermana y sus respectivos cónyuges, siendo éste arrendado a terceros, percibiendo una renta de 901.52 euros. Siendo el salario mínimo interprofesional aplicable al caso de 442.20 euros al mes, no se alcanza el mínimo exigido por la norma, por cuanto la cantidad percibida como arriendo debe ser distribuida en iguales cuartas partes al ser cuatro los titulares del negocio. Por lo cual, procede estimar el recurso presentado por la actora ante el INEM.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2003, I.L. J 1616**, realiza una interpretación flexible del requisito de figurar inscrito como demandante de empleo durante el período

comprendido entre la situación legal de desempleo y la fecha de solicitud del subsidio (artículo 215.3 LGSS); así entiende que la existencia de períodos temporales significativos en los que el solicitante del subsidio no estuvo inscrito como demandante de empleo, no será bastante para presumir en el trabajador una voluntad contraria a la búsqueda de trabajo y por tanto un incumplimiento del artículo 203.1 LGSS.

En el caso resuelto por esta sentencia, es cierto que existen períodos significativos en los que el trabajador no ha estado inscrito como demandante de empleo; pero tales períodos deben valorarse en función del largo período en que el trabajador ha estado desempleado; así teniendo en cuenta los períodos en los cuales el trabajador sí ha permanecido inscrito, queda demostrado que el mismo no ha querido separarse del sistema de Seguridad Social, ni apartarse del mercado de trabajo, por tanto, no existen elementos suficientes para denegar el subsidio por desempleo, cuando dicha falta de inscripción pudo también deberse a ignorancia o descuido.

Este pronunciamiento judicial se inserta en el criterio de interpretación flexible que sigue el Tribunal Supremo acerca del requisito de inscripción como demandante de empleo. Así podemos encontrar numerosas sentencias en las que se mantiene dicho criterio, entre ellas, SSTs de 27 de febrero de 1997; de 8 de julio de 1998..., y es también el caso de las SSTs de **11 de noviembre de 2003**, I.L. J 2100, y **15 de octubre de 2003**, I.L. J 2077; en concreto en la primera de ellas se establece una distinción entre aquellos solicitantes que durante un gran período se apartaron del mundo del trabajo y sólo se dan de alta para cobrar la prestación en cuyo caso se entiende que no están en situación real de desempleo porque ello no es suficiente para acreditar su voluntad de trabajar, de aquellos otros que, aun cuando hayan permanecido al margen de la oficina de empleo, sin embargo, han acreditado su interés por trabajar inscribiéndose varios meses antes como demandantes de empleo en la oficina correspondiente, por entender que éstos sí que se hallan en situación de desempleo, derivado de su manifiesta voluntad en tal sentido expresada con su inscripción en la correspondiente oficina de empleo durante el tiempo suficiente para dar ocasión de que se les ofreciera un nuevo trabajo que hubieran debido aceptar.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Cotizaciones anteriores al alta

Se reitera la jurisprudencia consolidada en relación al problema de la determinación de la validez de las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores al alta en la STSJ de **Baleares de 17 de marzo de 2003**, I.L. J 1842. Se determina en ella que, en aplicación de la legislación vigente en el momento de producirse la petición de jubilación, la validez de las

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

cotizaciones en el RETA, a efectos de prestaciones correspondientes a períodos anteriores al alta, se produce sólo si el alta se ha formalizado con posterioridad a 1 de enero de 1994, en virtud de lo establecido por la Disposición Adicional Novena de la LGSS, último párrafo, añadido por Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

– Cotizaciones de los religiosos secularizados

La **STSJ de Baleares de 6 de mayo de 2003**, I.L. J 1897, declara, por un lado, respecto a los RRDD 487/1998, de 27 de marzo, sobre reconocimiento como cotizados a la Seguridad Social, de períodos de actividad sacerdotal o religiosa de los sacerdotes y religiosos o religiosas de la Iglesia Católica secularizados, y 2665/1998, de 11 de diciembre, que completa a aquél, que los mismos no vulneran el principio de jerarquía normativa, declarando, en consecuencia, la validez de las disposiciones reglamentarias que determinan la obligación de los religiosos secularizados, para el reconocimiento de la pensión de jubilación, de asumir el pago del capital coste de la pensión. Se señala en esta Sentencia que la ley no impone que el cómputo –a efectos de causar derecho a la pensión o al incremento cuantitativo de la ya reconocida– del tiempo en que los religiosos secularizados estuvieron ejerciendo su ministerio o religión y durante el cual no pudieron cotizar se lleve a cabo sin contrapartida económica alguna ni prohíbe que se obligue a los interesados a satisfacer el capital coste de la prestación pecuniaria. De esta forma, la regulación reglamentaria resulta coherente con la naturaleza contributiva, no asistencial, de la pensión de jubilación de que son beneficiarios los actores.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en diversos países.

Respecto a la controvertida, todavía, cuestión de la forma de cálculo de la base reguladora de la prestación, cuando existen cotizaciones en España y en otros países comunitarios, la **STS de 30 de septiembre de 2003**, u.d., I.L. J 1561, mantiene la solución adoptada en otros pronunciamientos consistente en aplicar la regla de las llamadas “bases medias”, que tiene en cuenta para tal operación de cálculo las cotizaciones medias en España de un trabajador de la misma categoría o grupo profesional durante el tiempo de seguro acreditado en otro país comunitario. Idéntico pronunciamiento se lleva a cabo en la **STS de 25 de junio de 2003**, u.d., I.L. J 1661, aunque en este caso justificándolo en la aplicación preferente del Convenio bilateral sobre las normas comunitarias, cuando aquéllas son más beneficiosas para el trabajador.

En cuanto a la cuestión relativa al cálculo de la prorrata a cargo de España, se considera en la **STS de 30 de septiembre de 2003**, u.d., I.L. J 1561, que deben tenerse en cuenta las cotizaciones “estimadas” correspondientes a períodos anteriores a la implantación del Régimen Especial del Mar, en cuanto que no son cotizaciones “ficticias” sino “estimadas” sobre la base de un cálculo estadístico, cumpliendo la función de liberar al asegurado y a la entidad

gestora de una prueba de cotizaciones reales difícil (en el mismo sentido se pronuncia la **STS de 11 de noviembre de 2003**, u.d., I.L. J 2102).

Cuestión distinta es la de si deben entrar en el cálculo de la prorrata de la pensión española las cotizaciones compensatorias de las reducciones de la edad de jubilación en el Régimen del mar por razón de la penosidad del trabajo establecidas en el Decreto 2309/1970 y en el artículo 4 de la OM de 17 de noviembre de 1983, declarando la **STS de 30 de septiembre de 2003**, u.d., I.L. J 1561, que en este caso no ha de tener lugar su consideración porque sí son cotizaciones ficticias, que no tienen como título un período de seguro efectivo (igual pronunciamiento se contiene en las **STS de 10 de noviembre de 2003**, u.d., I.L. J 2090, y de **13 de noviembre de 2003**, I.L. J 2110).

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones acordadas en Expedientes de Regulación de Empleo

En el período al que se refiere esta crónica jurisprudencial siguen siendo numerosos los pronunciamientos relativos al régimen de jubilaciones anticipadas y prejubilaciones. Como se señaló en crónicas anteriores, en un importante número de Sentencias se establece que la aceptación por el trabajador de la prejubilación en las condiciones previstas en el convenio colectivo aplicable o en virtud de acuerdo con el empresario, constituye un cese voluntario porque sin el consentimiento del trabajador la extinción del contrato no se hubiera producido. Las previsiones de futuro en orden a la evolución del empleo en la empresa y a la aplicación de reducciones de plantilla o medidas de modificación de condiciones de trabajo no alteran la voluntariedad de la aceptación del acuerdo de prejubilación, que ha de considerarse, por tanto, como un cese voluntario a los efectos de la Disposición Transitoria Tercera.1.2ª de la LGSS (lo que determina la aplicación del porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión de jubilación anticipada del 8 por ciento por cada año o fracción de año que falta para cumplir los 65 años de edad) y, desde el punto de vista laboral, la no aplicación del mínimo de indemnización establecido en el art. 51.8 del ET que corresponde al supuesto del despido colectivo. En este sentido se pronuncian las **SSTS de 24 de octubre de 2003**, u.d., I.L. J 2127; de **25 de noviembre de 2003**, I.L. J 2117; de **18 de noviembre de 2003**, I.L. J 2094; de **29 de abril de 2003**, I.L. J 1868 y **STSJ de Extremadura de 2 de junio de 2003**, I.L. J 1763.

Es también interesante señalar la interpretación que hace el Tribunal Supremo del concepto de “situación pasiva” establecida en el Acuerdo Marco regulador del Expediente de Regulación de Empleo aplicable a los trabajadores (que prevé una indemnización para quienes pasen a dicha situación pasiva). Considera el Tribunal Supremo que únicamente se pueden incluir en esta situación pasiva a los inválidos permanentes y a los jubilados, no considerando por el contrario que se encuentren dentro de este concepto de “personal en situación pasiva” los trabajadores prejubilados. Así, se establece en la **STS de 19 de noviembre de 2003**, u.d., I.L. J 2111, que no se puede incluir en dicho concepto a quienes vieron extinguida su relación laboral por un expediente de regulación de empleo en el que la Autoridad Laboral lo que

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

hizo fue homologar los acuerdos previamente suscritos por las partes, y ello aunque los interesados pasaran a la situación de “prejubilados”. También, en **STS de 9 de diciembre de 2003**, u.d., I.L. J 2138 y **STSJ de Baleares de 27 de junio de 2003**, I.L. J 1962.

En relación con estos acuerdos de prejubilación, también se determina en diversas sentencias la base reguladora de la cuantía de la prejubilación. Se establece, en este sentido, en las **SSTS, u.d., de 2 de diciembre de 2003**, I.L. J 2167 y **11 de diciembre de 2003**, I.L. J 2150, que la base reguladora de la pensión se fija en el propio acuerdo de prejubilación, por lo que las pagas extraordinarias que, en virtud de convenio colectivo o en virtud de beneficios, aún hechas efectivas más tarde, deben ser tenidas en cuenta si constituyen partidas salariales computadas en el acuerdo de prejubilación.

– Otros supuestos de jubilaciones anticipadas

La **STS de 18 de noviembre de 2003**, I.L. J 2085, considera procedente la aplicación de los coeficientes reductores de la edad de jubilación establecidos en el Estatuto del Minero al personal de exterior con riesgos específicos que realizan labores de tratamiento de minerales.

También la **STSJ de Baleares de 7 de marzo de 2003**, I.L. J 1849, considera aplicable el coeficiente reductor de la edad de jubilación del 0,40 por ciento, establecido para la categoría de piloto en el RD 1159/1986, de 28 de junio, a un trabajador que cesó de volar 12 años antes de cumplir la edad de 60 años, considerando que no es indispensable que dicha categoría profesional se tenga en el momento en que se pretenda la aplicación de esta reducción por edad.

f) Jubilación complementaria

– Mejoras voluntarias

En la **STS, de 20 de noviembre de 2003**, u.d., I.L. J 2104, y la **STSJ de Cataluña de 22 de julio de 2003**, I.L. J 2186, se mantiene, según interpretación jurisprudencia reiterada, que las fuentes reguladoras de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social son los pactos o reglas que las crean (ya se trate de convenio colectivo, contrato individual o decisión del empresario), por lo que la determinación del hecho causante y de los requisitos y condiciones exigibles para su percibo son las que se establezcan en dichos pactos. De esta forma, aunque estas mejoras estén incluidas en el área protectora de la Seguridad Social y participen de los caracteres que ostentan las prestaciones de ésta, no supone que les sean de aplicación todas las disposiciones reguladoras de las prestaciones propias e imperativas de la Seguridad Social.

Partiendo también de la base de que las mejoras voluntarias se regulan por los propios pactos o acuerdos que las crean, salvo que se hayan externalizado mediante contrato de seguro (constituyendo un plan o un fondo), en las **SSTS, u.d., de 7 de octubre de 2003**, I.L. J 1800, y **5 de noviembre de 2003**, I.L. J 1983, se establece la no persistencia de estos compromisos por pensiones una vez extinguido el contrato, sin que tampoco se hubiera previsto el derecho al rescate o movilización de las aportaciones consolidadas (también en la

STSJ de Baleares de 7 de marzo de 2003, I.L. J 1850). Por el contrario, sí se mantienen estos compromisos por pensiones, con consecuencias que exceden de las obligaciones impuestas al empresario por el convenio colectivo, en el caso de suscribir un contrato de seguro para hacer frente a dichos compromisos, como señala la STS de 2 de octubre de 2003, u.d., I.L. J 1789.

C) Gestión, financiación y pago

– Responsabilidad empresarial por infracotización

En supuestos de infracotización se fija el alcance de la responsabilidad empresarial en el porcentaje del importe total de la prestación que sea proporcional al período de incumplimiento, como determina la STSJ de Baleares de 19 de junio de 2003, I.L. J 1965. La sentencia, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo, determina la señalada responsabilidad como consecuencia de la aplicación al supuesto de infracotización por el empresario del artículo 126.2 LGSS, que establece una responsabilidad conectada causalmente con el perjuicio que el incumplimiento empresarial ha producido en el derecho del trabajador. El Tribunal Supremo ha matizado que para que la falta de ingreso de las cotizaciones del empresario en plazo legalmente establecido pueda determinar la declaración de responsabilidad empresarial tiene que vincularse a incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección. En el caso analizado, la repercusión del incumplimiento empresarial en la prestación de jubilación causada no incidió en el requisito de carencia genérico necesario para causar el derecho, pero sí en el porcentaje de la referida pensión.

Además, en relación con la “imprescriptibilidad” de las prestaciones de jubilación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1995 enseña que hay que distinguir entre la obligación de cotizar y la obligación de abono de la prestación por parte del empresario en el supuesto de prolongado incumplimiento de aquella; no pudiendo admitirse que la extinción de la primera obligación por prescripción determine la extinción de la segunda, ya que tal modalidad de prescripción sólo es oponible frente al órgano correspondiente de la Seguridad Social cuando éste requiera el abono de las cuotas impagadas, pero no puede hacer ilusorio el carácter imprescriptible del derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación consagrado en el artículo 165 LGSS.

Por el contrario, no se estima la existencia de responsabilidad empresarial por infracotización en la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de junio de 2003, I.L. J 2022, dado que en el supuesto analizado, no se manifiesta incumplimiento culpable del correspondiente deber de cotización. Se sigue la doctrina del Tribunal Supremo que, en diversas sentencias, ha declarado que no había comportamiento expresivo de voluntad deliberadamente rebelde y contraria al cumplimiento de las normas, ni siquiera arbitraria o irrazonable, lo que determina la no imputación de responsabilidades empresariales en orden a las prestaciones.

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

– Responsabilidad empresarial por incumplimiento de obligaciones

A un supuesto de responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas, bajas y cotización se refiere la **STS de 25 de junio de 2003**, u.d., I.L. J 1662, que recuerda, aun cuando no sea aplicable al caso concreto, la doctrina del Tribunal Supremo de ponderación de la voluntad del agente y el de proporcionalidad en la apreciación de la responsabilidad empresarial.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

a') Criterios de valoración: los baremos

Según la **STS de 7 de octubre de 2003**, u.d., I.L. J 1709, cuando se fija en una primera sentencia firme, no sólo el grado de IP, sino también la base reguladora de la prestación reclamada, ambos factores conjunta e indisolublemente unidos pasan a formar parte del reconocimiento del derecho que se postulaba entonces, constituyendo elementos de la pretensión y del derecho reconocido, que no pueden escindir-se sin desvirtuarlos, constituyendo cosa juzgada. Aún existiendo un error evidente en la sentencia (en relación a la base reguladora), se afirma que el instituto de la cosa juzgada impone por razones de seguridad jurídica la eficacia de la resolución dictada.

La petición de una gran invalidez lleva implícita la de IPA, por lo que el órgano judicial no conculca el principio de congruencia en la sentencia cuando concede menos de lo pedido, si lo otorgado queda subsumido en lo más que se pide. De esta manera se admite, en términos generales, que el reconocimiento de un grado de invalidez permanente inferior al postulado en la demanda, en tanto no esté expresamente excluido del *petitum* de la demanda, no debe dar lugar al vicio de incongruencia procesal (**STS de 24 de noviembre de 2003**, u.d., I.L. J 2014).

Las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables dado que lesiones aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera respecto a su incidencia en la capacidad de trabajo, de ahí que no sea ésta una materia propia de la unificación de la doctrina tanto por la dificultad de establecer la identidad del alcance del efecto invalidante, como por tratarse, por lo general, de supuestos en los que el enjuiciamiento afecta más a la fijación y valoración de hechos singulares que a la determinación del sentido de la norma en una línea interpretativa de carácter general (**STS de 7 de octubre de 2003**, u.d., I.L. J 1972). En idéntico sentido, **SSTS de 28 de julio y 27 de octubre de 2003**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1530 y J 1516.

b') Incapacidad permanente parcial

En relación a la evaluación y declaración de los grados de incapacidad permanente total y parcial, las tareas fundamentales de una profesión han de determinarse con criterio cualitativo más que con criterio cuantitativo, de manera que las tareas que resulten impedidas (IPT), o dificultada en su realización en el 33 por ciento o más de su rendimiento (IPP), “sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral”. Además, aun sin merma del rendimiento, se ha de reconocer una IPP cuando, “para mantener aquél, el trabajador tenga que realizar un esfuerzo físico superior al normal, de manera que su trabajo le resulte más penoso o peligroso” (STSJ de La Rioja de 17 de junio de 2003, I.L. J 1700).

c') Incapacidad permanente total

Se deniega la IPT en un supuesto en que el trabajador presenta una limitación en el balance articular del codo izquierdo, pero que compensa con la conservación de la movilidad de hombro y muñeca, siendo capaz de hacer puño, garra y oposición con todos los dedos de dicha mano, conservando también la fuerza de presión, siendo equivalente la fuerza global de los miembros superiores, por lo que se considera que no queda afectado por grado alguno de incapacidad permanente, STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2003, I.L. J 1602.

d') Incapacidad permanente absoluta

Para la concurrencia de este grado de invalidez deben valorarse más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, éstas en sí mismas, en cuanto “impedimentos reales y suficientes para dejar a quien los sufre sin posibilidad de iniciar y consumir las faenas que corresponden a un oficio, siquiera sea el más simple de los que, como actividad laboral retribuida, con una u otra categoría profesional, se dan en el seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen”. A ello no obsta que el trabajador mantenga aún aptitudes para algunas actividades, siempre que “no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas que componen una cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral”. El elemento determinante para la jurisprudencia es que la realización de una actividad laboral, por liviana que sea (incluso las sedentarias), solamente “puede consumarse mediante la asistencia diaria al lugar de trabajo, la permanencia en el mismo durante toda la jornada de trabajo, debe poder realizarse con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia (...) por cuenta no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles esos mínimos de dedicación, diligencia y atención que son indispensables en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales (...), salvo que se den un singular afán de superación y espíritu de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario pues, de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquellas

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

en las que se ofrezcan tales carencias” (STSJ de La Rioja de 24 de junio de 2003, I.L. J 1697). Para el reconocimiento de este grado de invalidez se requiere acreditar que el trabajador “no puede realizar trabajos de tipo sedentario que no exijan esfuerzos físicos, ni movilización (...)” (STSJ de Baleares de 20 de mayo de 2003, I.L. J 1892).

Esta calificación, una vez reconocida, debe mantenerse cuando la situación invalidante no se ha visto mejorada (pues ello no representan un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de su revisión), y a ello no obsta que el actor realice una actividad voluntaria y no remunerada en una organización sin ánimo de lucro para promover la integración social de los minusválidos, pues “las tareas residuales que el demandante de forma voluntaria y gratuita se ha propuesto realizar para la ayuda a la integración social de los minusválidos no es punto de referencia para considerar que el actor puede realizar una actividad laboral” (STSJ de Extremadura de 25 de junio de 2003, I.L. J 1753).

e’) Gran invalidez

No se estima por la STSJ de Cantabria de 12 de junio de 2003, I.L. J 1928, estableciendo que cuando el trabajador no precisa de asistencia de tercera persona para los actos esenciales de la vida, “sin que el hecho de un cierto abandono derivado de su depresión que precisa de apoyo para la llevanza de su vida cotidiana llegue a constituir el supuesto típico de la gran invalidez”. Para el órgano *ad quem* esas necesidades de apoyo connaturales a la depresión grave que forma parte del estado clínico del actor constitutivo de una IPA, pero no determinan la imposibilidad de llevar a cabo los actos esenciales de la vida por sí mismo como rasgo característico de la gran invalidez.

b) Requisitos del beneficiario

A efectos de las cotizaciones exigidas para tener derecho a la prestación por IPA, derivada de enfermedad común, es asimilada al alta la situación de un beneficiario que está percibiendo prestación no contributiva de desempleo. Para el TS, aunque el actor se hallaba percibiendo prestación asistencial sin estar inscrito como desempleado en la Oficina de Empleo (como requiere el art. 36.1.1º del RD 84/1996, de 26 de enero), en la situación física del actor “la exigencia de inscripción como desempleado en la oficina de empleo es un mero formalismo enervante, carente de finalidad en cuanto a la obtención de un posible empleo”, pues el actor “no estaba físicamente capacitado para realizar trabajo alguno por lo que su inscripción en la oficina de colocación carecía totalmente de finalidad” además de que sus dolencias no le permitían siquiera poder realizar el acto de inscripción. Lo sustancial y exigido para gozar de la situación asimilada al alta es que subsista el paro (STS de 10 de diciembre de 2003, u.d., I.L. J 2091).

A efectos de su reconocimiento el trabajador ha de estar inscrito como demandante de empleo, aunque haya interrumpido su inscripción se encuentra en una “situación asimilada al paro involuntario” (que la inscripción como demandante de empleo se mantenga sin interrupciones significativas que eliminen la constancia del mantenimiento de la voluntad de incorporación al trabajo), en atención a la larga “carrera de seguro” acreditada que supera los 21 años y a que permaneció inscrito como demandante durante más de

tres años antes de la baja cursada. Para el TS esta situación encaja en los supuestos de flexibilización excepcionales para los que, aunque haya una interrupción temporal en la inscripción, se entiende cumplido este requisito cuanto la enfermedad que provoca la declaración de invalidez ya estaba instaurada y con carácter invalidante en la fecha en que se produjo el cese en el trabajo, o cuando la situación de alta en Seguridad Social existe cuando se inicia la enfermedad, cuyo posterior desarrollo es tan grave que explica que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta (STS de 13 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 1984).

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

Para el cálculo de la base reguladora de la IPA, con período de Incapacidad Temporal, entran dentro de la regla del artículo 140.4 LGSS, según la cual “si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años”, situaciones –como la extinción del contrato de trabajo durante la incapacidad temporal o eventualmente la aparición de una situación de paro involuntario– que encajan en dicha norma, sin aplicación de la doctrina del “paréntesis” pues entonces la regla “quedaría sin aplicación práctica alguna o limitada a los supuestos excepcionales de inactividad voluntaria, contrariando así la clara voluntad del legislador de establecer el recurso a las bases mínimas como criterio general para la integración de las lagunas de cotización en la fijación de la base reguladora” (STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2003, I.L. J 1603).

La STSJ de Asturias de 20 de junio de 2003, I.L. J 1667, aplica el criterio de la “mayor probabilidad” para la determinación de la base reguladora de una IPT derivada de enfermedad profesional de silicosis. Se trataba de un supuesto en que el trabajador desempeñó los puestos de picador, durante cuyo período no se le manifiesta la enfermedad, pasando posteriormente a la prestación de servicios como maquinista de extracción (de superior categoría) con un riesgo pulvígeno muy inferior. Según el criterio indicado, cuando existe duda de situar el momento de adquisición de la enfermedad profesional, confrontadas las dos categorías desempeñadas, se concluye que pese a ser la última la profesión habitual, “la enfermedad, de reconocido proceso lento e insidioso, se produjo como consecuencia de la actividad más relevante desde el punto de vista del riesgo, picador”, por ello estima adecuada utilizar la base reguladora correspondiente a la categoría profesional de picador y no la de maquinista de extracción que fue la última actividad habitual realizada antes de la jubilación.

La “doctrina del paréntesis” a efectos del cálculo de la base reguladora de una incapacidad permanente tiene una aplicación restrictiva para no vaciar aplicativamente el mandato del artículo 140.4 LGSS. Para su aplicación es necesario que se trate de situaciones de

-X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria-

provisional previa –o de prórroga de la situación de incapacidad temporal ex artículo 131 bis.2 LGSS–, siendo necesario que una y otra situación de invalidez no respondan a una patología distinta, pues en tales casos no existe conexión alguna ni continuidad causal entre las dos situaciones de invalidez. Consiguientemente, no concurre en tales supuestos ninguna de las razones sustanciales que anima a la doctrina el paréntesis a salvar la merma económica que causaría la integración de la laguna de cotización con las bases mínimas oportunas conforme al artículo 140.4 LGSS (STSJ de Baleares 2 de junio de 2003, I.L. J 1905).

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

La STS de 30 de septiembre de 2003, u.d., I.L. J 1560, confirma la doctrina jurisprudencial que establece que la entidad responsable (gestora o colaboradora) de los riesgos derivados del accidente de trabajo es aquella que los tenía asegurados en el momento de producirse el accidente. Ello sobre la argumentación –análoga en relación al régimen jurídico del contrato de seguro– de que la noción de hecho causante, relevante para determinar el momento en que ha de entenderse causada la prestación, “no sirven para determinar la entidad responsable de las secuelas que derivan del accidente de trabajo, pues a estos efectos la fecha del accidente es la única que cuenta porque éste es el riesgo asegurado, y, por lo tanto, es la fecha de producción del accidente la que determina la aseguradora, aunque el efecto dañoso (la incapacidad o la muerte) aparezca con posterioridad”. Así pues, lo importante es la relación de causalidad entre el accidente y sus secuelas; no la fecha en que se manifiesten éstas, ni mucho menos la de su constatación administrativa (declaración de la invalidez) o médica. De esta forma se declara que “la cobertura se establece en función del riesgo asegurado, aunque proteja el daño indemnizable derivado de éste, que puede manifestarse con posterioridad al siniestro”.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

La pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución de rentas en activo, porque en este caso la renta de sustitución podría ser superior a la sustituida. Aunque en la prestación de gran invalidez entran dos componentes: renta de sustitución y compensación por la asistencia de terceros, la coincidencia de renta de sustitución se produce entre uno de dichos componentes y la prestación por IPT, por lo que operan las reglas del artículo 122 LGSS y artículo 13 de la OM de 3 de abril de 1973 (reguladora del Régimen Especial de la Minería del Carbón) (STS de 19 de julio de 2003, u.d., I.L. J 1915).

La compatibilidad de una IPT con el desempeño de una nueva profesión (ex art. 141.1 LGSS), se condiciona a que sea distinta a la que venía desempeñando (art. 137.4 LGSS). Esta valoración, conforme a las SSTSJ de Cantabria de 30 de junio de 2003, I.L. J 1917, de 29 de mayo de 2003, I.L. J 1934, de 21 de mayo de 2003, I.L. J 1940, y de 21 de mayo de 2003, I.L. J 1944, ha de realizarse en función de la profesión, no del puesto o concreta categoría profesional, sin que la ley autorice “a comparar unas determinadas lesiones con las profesiones que puede ejercitar en el futuro una persona, sino es con fines revisorios”,

pues ello supone un análisis indefinido en el tiempo entre lesiones y futuras profesiones, lo que supone crear inseguridad jurídica y extender fuera de su ámbito una resolución administrativa. En esta dirección, STS de 28 de julio de 2003, u.d., I.L. J 1439.

B) Incapacidad permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

Para el requisito de carencia de ingresos o rentas suficientes del beneficiario, un crédito judicial no percibido (v. gr., pensión compensatoria) se considera que no puede computarse como ingresos o rentas para lucrar prestaciones no contributivas, cuando el beneficiario ha reclamado judicialmente el abono del crédito reconocido judicialmente, pero no se ha hecho efectivo por causas independientes de su voluntad. Así pues el acceso y mantenimiento en las pensiones no contributivas “pende del estado de necesidad del beneficiario, excluyendo la ley de su percepción a quienes tienen un nivel de ingreso suficiente para subsistir, y a quienes, aun siendo acreedores judiciales de una determinada suma de dinero, no la han percibido al no desplegar la diligencia necesaria para conseguirla, STS de 25 de septiembre de 2003, u.d., I.L. J 1549.

C) Lesiones permanentes no invalidantes

La STS de 31 de octubre de 2003, u.d., I.L. J 1771, en relación a la aplicación de las indemnizaciones relativas a cada baremo, establece –atendiendo a criterios interpretativos literales y lógicos– que no cabe la aplicación acumulativa de los mismos, pues las lesiones o dolencias de mayor entidad absorben, a efectos de protección, a las menores, excluyendo la aplicación de las normas o baremos que prevén una indemnización menor a las lesiones, también menores. Se razona que lo contrario supondría el reconocimiento de una mayor indemnización a dolencias que, en su conjunto, son de menor entidad que la del baremo superior, lo que iría en contra del principio básico de Seguridad Social, cual es el estado de necesidad.

En un supuesto de hipoacusia bilateral, una limitación del nivel auditivo conversacional a 500, 100, 2.000 y 3.000 Hz, de 25 dB, se considera que no supone ningún deterioro auditivo, siempre que la audición se efectúe en circunstancias de audición ordinarias (STS de 24 de noviembre de 2003, u.d., I.L. J 2097).

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

La exigencia de que el causante se encontrara en alta o en situación asimilada al alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida, se encuentra atemperada, como en múltiples ocasiones se ha comentado en estas páginas, por el criterio jurisprudencial (doc-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

trina reiterada del Tribunal Supremo), flexibilizador, humanitario e individualizador, en el sentido de que ésta no debe ser exigida con un rigor formalista, sino atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto; en esta línea la **STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2003**, I.L. J 1649, aplica el criterio, pues, por una parte, el causante acredita una significativa permanencia como trabajador y cotizante en proporción a su edad, y por otra, pese a padecer unas graves secuelas por su drogodependencia, estuvo inscrito como demandante de empleo “casi” hasta su muerte. Por el contrario, no es aplicable esta doctrina flexibilizadora si transcurre un largo período de tiempo —superior a dos años, “durante el que nada consta acerca de la existencia de algún dato, del que se pudiere inferir la existencia por parte del causante, de la voluntad de permanencia en el mundo del trabajo”, tal y como señala la **STS de Galicia de 30 de mayo de 2003**, I.L. J 1596, añadiendo que no cabe configurar como situación asimilada a la de alta la circunstancia de tener derecho a la prestación de asistencia sanitaria.

Además, esta doctrina flexibilizadora se extiende al período de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento, donde debe acreditarse el período mínimo de cotización de 500 días —doctrina del paréntesis—, con lo que se “salvan” los espacios temporales en los que el causante no aparece inscrito en la oficina de empleo, al acreditarse la concurrencia de una enfermedad que desequilibró su vida social y familiar, justificando el alejamiento del mercado laboral y del sistema por falta de voluntad, tal y como aprecia la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 8 de abril de 2003**, I.L. J 1879.

C) Cuantía de las pensiones

En la determinación de la cuantía del complemento de mínimos, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de mayo de 2003**, I.L. J 1604, resuelve, siguiendo la doctrina del Supremo ya definida y comentada en números anteriores (SSTS de 20 de mayo, 22 de octubre y 9 de diciembre de 2002), que la cuantía que corresponde a la pensión de viudedad de una beneficiaria que ha obtenido pensión en atención al tiempo de convivencia con el causante, debe calcularse en igual forma, esto es, aplicado el mismo porcentaje que le corresponde a la pensión, aunque no concurra otra beneficiaria, ya que estos mínimos afectan a la prestación y no a cada uno de sus beneficiarios.

D) Dinámica de la protección

La imprescriptibilidad de las prestaciones por supervivencia —excepto el auxilio por defunción—, encuentra una relevante limitación en relación con la atribución de efectos económicos; así, conforme a lo establecido en el artículo 178 de la LGSS, los efectos del reconocimiento se producirán a partir de los tres meses anteriores a que se presente la correspondiente solicitud. Deficiente redacción que debe entenderse aplicable sólo en los casos en los que la prestación se solicita tres meses después de la fecha de fallecimiento del causante. Ahora bien, en un supuesto en el que inicialmente se deniega la pensión de viudedad, y sin embargo la misma Administración reconoce el derecho posteriormente, sin que se justifique la causa del cambio de criterio, ni que se pueda achacar a la falta de datos o hechos que pudieran dar lugar al cambio, la **STSJ de Baleares de 19 de junio de 2003**, I.L. J 1964, aplica el criterio, asentado en unificación de doctrina por el TS en

Sentencia de 1 de febrero de 2000, que estima que no se debe aplicar el limitado plazo de tres meses, “ya que excepcionalmente puede otorgarse eficacia retroactiva a los actos administrativos cuando se dicten en sustitución de actos anulados”, lo que supone retrotraer los efectos económicos a la fecha de fallecimiento del causante.

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**Sumario:**

1. Cuestiones preliminares. 2. Organización. Participación institucional.

3. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social. A) Organización.

B) Actas de liquidación. **4. Derecho Administrativo Sancionador.** A) Procedimiento sancionador. B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias. a) Salud laboral. b) Obstrucción a la labor inspectora.

1. CUESTIONES PRELIMINARES

La presente crónica recoge los principales pronunciamientos que, en relación con la administración laboral, han aparecido en los últimos meses. Para ello, se toman como referencia las sentencias que sobre la materia mencionada se han publicado en la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, números 9, 10, 11 y 12 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.

2. ORGANIZACIÓN. PARTICIPACIÓN INSTITUCIONAL

Vuelven a reaparecer en estas crónicas pronunciamientos relativos a la participación de las organizaciones sindicales y empresariales en órganos administrativos laborales: se trata de las **SSTS de 1 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2180 (recurso de casación 7917/2000), en las que se reflexiona sobre el ámbito territorial exigido a los “sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma”, a raíz de la impugnación de dos Órdenes del Ministerio de Trabajo por las que respectivamente se procede a designar los componentes del Consejo General de Formación Profesional (Ley 1/1986) y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (art. 13 LPRL), dos órganos asesores de las Administraciones Públicas compuestos por representantes de éstas y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas. En concreto, los recurrentes impugnan el nombramiento para tales órganos de un representante del sindicato ELA-STV, al considerar que esta organización sindical carece de los requisitos exigidos por el art. 7.1

LOLS para gozar de la condición de sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma, dado que no limita su ámbito territorial al de una Comunidad Autónoma, sino que actúa en dos Comunidades –País Vasco y Navarra–. No se cuestiona, pues, el derecho de los sindicatos más representativos a nivel autonómico a participar en órganos de la Administración estatal (STC 98/1985), sino que lo discutido se centra en si una concreta organización sindical goza o no de tal condición.

A juicio de la Sentencia, no cabe hacer una interpretación estrictamente literal del art. 7.1 LOLS, sino que ha de entenderse que este precepto establece una correlación entre el ámbito en que se ejercita la actuación sindical –inferior al Estado y referido al territorio de Comunidad Autónoma, aunque no necesariamente al de una sola– y el ámbito al que ha de corresponder el porcentaje y el número de representantes que otorgan la condición de mayor representatividad. Aduce el Tribunal Supremo que, de no entenderlo así, quedarían discriminadas las organizaciones sindicales que expresamente restringen su actuación a más de una Comunidad Autónoma, pues prácticamente quedarían abocadas a no ostentar la condición de sindicato más representativo ni a nivel estatal –porque les sería imposible o muy difícil obtener los porcentajes de audiencia exigidos por el art. 6 LOLS–, ni tampoco a nivel de Comunidad Autónoma, aun cuando en una de las Comunidades obtuvieran los porcentajes requeridos por el art. 7.1 LOLS –al estar excluidas *in radice* por extender su actuación sindical a más de una Comunidad–. Por ello, abundando en estos argumentos, el Tribunal Supremo confirma la consideración de ELA-STV como sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma:

“La estricta literalidad del art. 7.1 LOLS proyectada al sindicato ELA/STV supondría, por el hecho de actuar en el País Vasco y en Navarra, que es una organización de ámbito estatal, con lo [que] le sería exigido un porcentaje de audiencia en todo el territorio nacional imposible de alcanzar dada la concreción territorial sobre la que estatutariamente han de actuar, lo que llevaría consigo el que no fuera considerada a ningún efecto como Sindicato más representativo.

En su perspectiva teleológica, la norma permite considerar como más representativas a nivel autonómico a las organizaciones sindicales que cumplan los porcentajes de audiencia exigidos por la legislación en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Es decir, podrán ostentar tal consideración siempre y cuando en una de las Comunidades Autónomas donde se presentan, cuenten al menos con el 15 por ciento de representatividad extraído del número de miembros de comités de empresa, delegados de personal y miembros de los órganos de representación de las Administraciones públicas. O dicho en otros términos, la representatividad exigida ha de proyectarse necesariamente sobre el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, aunque la actuación se extienda a más de una, siempre, claro está, que no se trate de una proyección territorial susceptible de considerarse como de nivel o vocación estatal.”

3. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Organización

Los pronunciamientos judiciales sobre esta materia se centran como es habitual en las cuestiones relativas a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, si bien esta vez con mayor variedad temática.

Dos de las sentencias a comentar se han tenido que enfrentar a la impugnación de normas reglamentarias relacionadas con las Mutuas. Es el caso de la **STS de 2 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2178, en la que se confirma la legalidad de la Orden del Ministerio de Trabajo de 20 de abril de 1998, sobre colaboración de las empresas en la gestión del Régimen General de la Seguridad Social. Al margen de rebatir ciertas objeciones formales sobre su proceso de elaboración, la principal conclusión de fondo que alcanza la Sentencia es la de afirmar que las previsiones de esta Orden que impiden la cesión, transmisión o aseguramiento de la gestión de la cobertura no incurren en extralimitación de la habilitación legal contenida en el art. 77 LGSS:

“no es difícil apreciar la conformidad de la Orden al art. 77 citado, pues si bien éste no prohíbe directamente la cesión o transmisión de sus obligaciones sí que implícitamente lo autoriza, pues lo que la norma, art. 77, quiere es que sean las empresas colaboradoras y no otros u otras las que cumplan sus obligaciones y ello cuando menos lleva implícito la no posibilidad de cesión, transmisión o aseguramiento a quien no sea la empresa colaboradora a que se refiere el art. 77 citado, esto es, la relación, según dispone el precepto, ha de ser entre la Administración, en este caso Seguridad Social y la empresa colaboradora, si bien ello sin perjuicio, como incluso la propia sentencia recurrida refiere, de las particulares relaciones que las empresas concierten con entidades aseguradoras en el ámbito estrictamente privado, o que sea de aplicación lo dispuesto en el del Código Civil, (...), pues lo que no puede aceptarse –sin perjuicio de la eventual subrogación de derechos– es que el hecho del pago por tercero tenga por presupuesto delegación de la deuda por el obligado al pago”.

Tampoco la **STS de 23 de enero de 2004**, Sala Tercera, recurso de casación 3164/2001, admite la impugnación de la Disposición Adicional Séptima de la Orden del Ministerio de Trabajo de 26 de mayo de 1999, referida a la incidencia que la incorporación al sistema de remisión electrónica de datos (RED) ejerce sobre la contraprestación de las Mutuas a los servicios de gestión administrativa realizados por terceros.

Ya en materia de auditorías a las Mutuas, las sentencias seleccionadas no hacen más que reiterar criterios ya conocidos. Es el caso de la **STS de 4 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, (recurso de casación 5777/2001), que “una vez más” se ve en la obligación de declarar la competencia de la Intervención General de la Seguridad Social para acordar auditorías sobre las Mutuas, dado que la Administración goza de potestad legal para ejercer funciones de tutela y control sobre las mismas, en la medida en que su patrimonio forma parte de la Seguridad Social y resulta afecto al cumplimiento de los fines de ésta. Admitido este principio básico, las sentencias se pronuncian sobre el tratamiento a dar a ciertos asientos

contables realizados por las Mutuas, sentando pautas que en la mayoría de casos han sido ya comentadas en estas crónicas. En tal sentido se recuerda la prohibición de satisfacer o imputar a recursos públicos de la Seguridad Social los siguientes costes: indemnizaciones por extinción de la relación laboral de sus trabajadores superiores a las previstas en el ET –art. 76.3 LGSS–; gastos generados por actividades dirigidas a la mediación y captación de empresas para la asociación a la Mutua, bien se realicen por empleados de la propia entidad o por terceros, incluidos los “incentivos de mantenimiento” que han de considerarse comprendidos en el concepto de mediación –art. 2.1 OM de 2 de abril de 1984– (**STS de 15 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2172,); la entrega a los trabajadores de material de prevención de riesgos, en tanto constituye una obligación a cargo de las empresas, a diferencia de lo que ocurre con los medios de prevención que se puedan utilizar en el curso de actividades de formación para la prevención de riesgos que sí constituye función a asumir por las Mutuas –art. 68 LGSS y Orden de 22 de abril de 1997– [**STS de 17 de diciembre de 2003**, u.d., Sala Tercera (recurso de casación para unificación de doctrina 6827/2000)]; y en el mismo sentido, se aclara que no son gastos de administración y, en consecuencia, deben satisfacerse con cargo a fondos ajenos a la Seguridad Social las cuotas satisfechas a confederaciones, federaciones o asociaciones y las cantidades aportadas a fundaciones (**STS de 17 de noviembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 1768). Estas resoluciones sobre precisiones contables en materia de auditorías se completan con otras sentencias que, respecto a cuestiones más técnicas y puntuales, se pronuncian sobre “el reaseguro de exceso de pérdidas” o sobre el cálculo de la “reserva para contingencias de tramitación”, aclarando respecto a esta última que sólo pueden incluirse en la misma las posibles indemnizaciones o importes por siniestros con expedientes ya iniciados [**SSTS de 4 y 16 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2179 (recurso de casación 5777/2001)].

Finalmente, en cuanto al tratamiento procesal de las impugnaciones de resoluciones administrativas sobre auditorías, el Tribunal Supremo ha efectuado dos aclaraciones. La primera a través de la **STS de 16 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2179, en la que se subraya que la cuantía mínima para recurrir queda referida a cada una de las partidas contables sobre las que recae la impugnación:

“la reiterada doctrina de esta Sala (...) ha declarado la inadmisión del recurso de casación, respecto a aquellas partidas, que siendo autónomas e independientes del resto de las reclamadas no alcancen el mínimo de cuantía establecido por la Ley de la Jurisdicción, para la admisibilidad del recurso de casación”.

Por su parte, la **STS de 4 de febrero de 2004**, Sala Tercera, (recurso de casación 38/2001), confirma la procedencia de la caución exigida a las Mutuas por el órgano judicial para acceder a la suspensión de la ejecución de las resoluciones administrativas que les condena a abonar determinadas cantidades por inadecuación de su contabilidad. En defensa de esta afirmación, el Tribunal rechaza la tesis de los recurrentes, según la cual, la no prestación de la medida cautelar no irrogaría perjuicios al interés público por cuanto tanto los beneficiarios como las entidades gestoras disfrutaban de una sólida garantía en cuanto a la percepción de las prestaciones con cargo a los fondos de la Seguridad Social:

XI. Administración Laboral

“El argumento carece de valor porque, (...) ni existe precepto legal alguno que exonere a las Mutuas Patronales y de Accidentes de Trabajo de prestar las cauciones que sean procedentes para resarcir de los perjuicios que pueda ocasionar la suspensión cautelar del cumplimiento de las obligaciones que le impongan las resoluciones judiciales, ni puede excusarse de resultar posiblemente perjudicial a la causa pública un aplazamiento como el solicitado, si se tiene en cuenta que la desviación de los fondos que debieren ingresar en el patrimonio de la Seguridad Social sí es susceptible de dañar precisamente el interés público que las prestaciones a cargo de la misma han de satisfacer, y que la aplicación del art. 133 [LJCA] trata precisamente de evitar.”

B) Actas de liquidación

Aclaración novedosa en estas crónicas es la que efectúa la STS de 17 de diciembre de 2003, u.d., Sala Tercera, I.L. J 2173, 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. Para solventar la cuestión, el Tribunal Supremo parte de dos premisas. En primer lugar, empieza aclarando 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, el Tribunal recuerda 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 Tribunal Supremo ha dejado sentada la doctrina de que el régimen de recursos para estas sentencias es el fijado en la nueva Ley para las sentencias de segunda instancia, frente a las que, conforme a su normativa, no cabe recurso de casación ni ordinario ni para la unificación de doctrina:

“a esas sentencias (...), es doctrina consolidada de esta Sala (Autos de 16 de junio, 30 de octubre, 13 de noviembre, 4 y 18 de diciembre de 2000, entre otros) que se les debe aplicar la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, último inciso, de la Ley 29/1998, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en esa Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo

procede –art. 86.1– contra las recaídas en única instancia, y dicha previsión es igualmente aplicable al recurso de casación para la unificación de doctrina, de conformidad con lo previsto en el art. 96.1 y 2 de la vigente Ley de esta Jurisdicción que sólo prevé dicho recurso contra las sentencias dictadas ‘en única instancia’”.

Por lo demás, el resto de la Sentencia se limita a reiterar 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. Por ello, aun cuando en este caso el principal que figuraba en algunas de las actas por todo el período liquidado sí rebasaba el mínimo legal, lo cierto es que ninguna de las cuotas mensuales que allí se liquidaban alcanzaba el tope exigido, por lo que el Tribunal procede a desestimar el recurso.

4. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

Antes de abordar el procedimiento administrativo sancionador *stricto sensu*, hay que detenerse en los pronunciamientos judiciales emitidos en relación con la fase previa de actuación de la Inspección de Trabajo, donde junto a la **STS de 19 de diciembre de 2003**, sobre actas de obstrucción que más adelante se comentará [*infra*, 4.B.b)], la resolución más destacada es la **STS de 4 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2181, en ella, el Tribunal Supremo procede a desestimar la impugnación por falta de habilitación legal de tres preceptos del RD 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre Procedimiento Administrativo Especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado, dictado en virtud de la autorización concedida por el art. 45 Ley 31/1995. Así, respecto a la alegación de los recurrentes de que su art. 3.1 reconoce el derecho a instar la actuación de la Inspección a los representantes de los trabajadores pero no a los propios trabajadores individuales, el Tribunal no aprecia que quepa dirigir reproche alguno por cuanto el precepto reglamentario se limita a reproducir literalmente el art. 45.a) LPRL y, además, la intervención de los trabajadores queda posibilitada ya sea por su actuación ante los representantes del personal o incluso directamente ante la propia Inspección. Por lo que se refiere a su art. 3.3, los recurrentes objetan que la exigencia de que la denuncia de los representantes de los trabajadores ante la Inspección deba acompañarse de las actuaciones previas realizadas por los delegados de prevención y el eventual informe del comité de seguridad constituye una carga u obligación no prevista en la Ley que puede ser restrictiva de su derecho: sin embargo, la Sentencia no acepta esta alegación porque la autorización que hace la ley a la Administración para que desarrolle el procedimiento implica no tener que limitarse a reproducir las bases sentadas por el precepto legal, y asimismo porque, de cualquier modo, la aportación de los documentos

XI. Administración Laboral

indicados constituye una exigencia adecuada y proporcionada que, lejos de ser una “carga”, representa una garantía razonable que tiende a evitar actuaciones innecesarias o reiteradas, sin que quepa entenderse que genera peligro o afecta a la seguridad. Finalmente, tampoco se admite la ilegalidad del art. 6 del RD 707/2002 respecto a la posibilidad de que el Delegado del Gobierno pueda proceder a levantar la paralización de la actividad ordenada por la Inspección en caso de riesgo grave e inminente: la Sentencia niega que esta previsión conceda a la Administración el privilegio de ser “juez y parte”, pues al margen de que estamos ante una medida cautelar, el precepto no hace sino conceder a la Administración un trato similar al que el art. 44 LPRL atribuye al empresario individual, sin perjuicio de que, en cualquier caso, el carácter especial del procedimiento podría justificar un régimen distinto o excepciones respecto al régimen general.

Por lo que se refiere ya al procedimiento administrativo sancionador propiamente dicho, hay que hacer mención a la **STS de 13 de noviembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 1770, referida a la sanción impuesta por la comisión de dos infracciones en materia de prevención de riesgos que habían generado accidentes con resultado de muerte en varios trabajadores pertenecientes a empresas contratistas que prestaban servicios de propia actividad en el centro de trabajo de la empresa petrolífera sancionada. La importancia de este pronunciamiento reside en que constituye ejemplo perfecto para reparar buena parte de las garantías tanto formales como materiales que rigen la potestad punitiva de la Administración (arts. 24 y 25 CE).

En cuanto a las primeras, la Sentencia razona sobre la trascendencia que puede tener la ausencia de la notificación de la propuesta de resolución al presunto infractor, una vez comunicada ya el acta de infracción. Al respecto precisa que, desde el punto de vista constitucional, la estricta correlación entre acusación y decisión se refiere a los hechos y no tanto a la calificación jurídica, por lo que manteniéndose inalterados los hechos imputados, la propuesta de resolución y la decisión sancionadora pueden utilizar otro título de condena, si bien con dos límites: la imposibilidad de que la resolución incluya una calificación jurídica de mayor gravedad que la reflejada en el acta, y la imposibilidad de que la calificación jurídica de la resolución sea distinta por referirse a bienes jurídicos diferentes o incorporar algún elemento del tipo sobre el que el inculcado no ha tenido oportunidad de defensa. También desde la perspectiva legal se alcanza similar conclusión por cuanto el Reglamento regulador del Procedimiento Administrativo Sancionador sólo exige la necesidad de nueva audiencia cuando de las diligencias practicadas se desprenda la existencia de hechos distintos a los fijados en el acta (actual art. 18.4 RD 928/1998 y art. 19 RD 1398/1993). En consecuencia, dado que la resolución sancionadora impugnada se funda exclusivamente en las conductas descritas en el acta, el Tribunal no aprecia la existencia de indefensión en el presunto infractor:

“la vulneración de las indicadas garantías constitucionalizadas del procedimiento administrativo sancionador o de las que incorpora la referida normativa ordinaria especial del procedimiento sancionador por infracciones del orden social, como consecuencia de la falta de notificación de la propuesta de resolución que llevaría consigo la nulidad de las sanciones impuestas, depende de que, como consecuencia de tal omisión, se haya producido realmente indefensión de la sociedad sancionada al no haber tenido ésta oportunidad

de alegación y defensa, en vía administrativa, sobre los hechos o sobre los elementos del tipo contemplados en la resolución sancionadora al ser diferentes de los contenidos en el acta de infracción sobre la que sí tuvo oportunidad de alegación y defensa. [...] Por consiguiente, ante la identidad sustancial de los hechos e, incluso, de las normas contempladas en el acta sobre las que la empresa recurrente tuvo plena oportunidad de alegaciones y en la resolución sancionadora, difícilmente puede apreciarse indefensión como consecuencia de la falta de traslado de la propuesta de resolución (...) En definitiva, no se puede contemplar aisladamente la parte dispositiva de la resolución sancionadora, sino que ha de hacerse en su integridad y en ella están claramente reflejados los mismos comportamientos infractores que en el acta”.

Por lo que se refiere al resto de garantías del procedimiento, aparte de reflexionar sobre el alcance de los principios de tipicidad y proporcionalidad en las concretas infracciones imputadas [*infra*, 4.B.a)], la STS de 13 de noviembre de 2003 también recuerda el necesario respeto a otros dos principios. De un lado, reconoce cómo la más reciente jurisprudencia insiste “en la inexcusabilidad de la concurrencia del elemento culpabilista” en las sanciones administrativas, considerando que, en el caso concreto, la culpa de la empresa sancionada se manifiesta en su falta de diligencia, pues le era exigible tanto conocer las normas jurídicas y técnicas que le obligaban a establecer un determinado mecanismo de seguridad, como también informar de los riesgos y medidas de prevención y emergencia a las demás empresas que prestaban servicios en el centro de trabajo. De otro lado, la Sentencia admite que, desde luego, el principio de presunción de inocencia “rige en el Derecho administrativo sancionador, de manera que no es posible imponer al sancionado la carga de probar su inocencia”, sino que “es a la Administración sancionadora (...) a quien incumbe probar la conducta constitutiva de la infracción, sin que pueda presumirse la culpabilidad”, deber este en el que el acta de la Inspección de Trabajo actúa como elemento de prueba a valorar. En su descargo, la empresa alega el valor probatorio que, conforme al art. 137.3 Ley 30/1992, debía reconocerse a ciertos documentos previos extendidos por funcionarios de la Consejería, en los que se negaba la existencia de riesgo grave e inminente a efectos de declarar la improcedencia de la orden de paralización de la obra. Sin embargo, teniendo en cuenta la conocida doctrina de que la presunción de certeza de los documentos formalizados por funcionarios públicos a los que se reconoce la condición de autoridad queda limitada a “los datos o circunstancias fácticas que refleje el documento, no a las apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas”, el Tribunal rechaza la alegación, por cuanto la pretensión de la empresa no es que se consideren acreditados “hechos”, sino que la “inexistencia de riesgo” es un concepto jurídico indeterminado y “el cumplimiento de la normativa aplicable” es una valoración jurídica que corresponde efectuar al órgano administrativo competente para la resolución y, después, al órgano judicial.

B) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

a) Salud laboral

Junto a los razonamientos anteriores, la comentada STS de 13 de noviembre de 2003, Sala Tercera, I.L. J 1770, contiene también ciertas valoraciones sobre otras garantías materiales del procedimiento que, por venir referidas a cuestiones más puntuales de las específicas infracciones sancionadas, hemos creído conveniente examinar de forma separada en este epígrafe. Para proceder a su comentario es preciso concretar de antemano que las infracciones en materia de prevención de riesgos imputadas a la empresa petrolífera son las dos siguientes: la infracción grave, en grado máximo, tipificada hoy en el art. 12.14 LISOS: no informar al empresario titular del centro de trabajo a aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia; y asimismo, la infracción muy grave prevista en el actual art. 13.10 LISOS: “no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”, que se impone en su grado máximo y que deriva de la “inexistencia de un dispositivo de seguridad que corte automáticamente la entrada de combustible en la caldera para el supuesto de que lograda la llama inicial de propano no prenda la llama principal”.

A la vista de estos ilícitos, la Sentencia se pronuncia en primer término sobre la adecuación de este último precepto al principio de tipicidad y también sobre el ajuste entre la conducta imputada y el citado tipo infractor. Y a este respecto, el Tribunal reconoce que el reproducido art. 13.10 LISOS “es, ciertamente, una norma en blanco, en cuanto ha de ser integrada por una norma de prevención de riesgos laborales que establezca determinada medida preventiva; y es una norma que configura una infracción omisiva y de riesgo concreto, en cuanto se consuma por la ausencia o falta de implantación de tal medida, originándose con ello un riesgo grave e inminente”. Ahora bien, entiende la Sentencia que tal circunstancia no significa ni que en el caso exista vulneración del principio de tipicidad ni que estén ausentes los elementos del tipo infractor: en primer lugar, porque no cabe admitir la alegación de que dicha integración normativa se produce mediante la aplicación de una norma derogada e inaplicable, pues existen diversas normas reglamentarias de naturaleza técnica que exigen el establecimiento del mecanismo de seguridad referido y, además, con carácter general, los arts. 14.2 y 15.1.e) LPRL obligan al empresario a garantizar la seguridad de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo previendo los riesgos en forma acorde con la evolución de la técnica; y en segundo lugar, también se confirma la infracción porque el riesgo creado por la falta del indicado dispositivo de seguridad merece la consideración de grave e inminente, no sólo a la vista del resultado, sino por la peligrosidad de la actividad y por los fallos en la llama que se habían producido el día anterior al siniestro, precisando a este respecto que el carácter inminente de los riesgos permanentes debe determinarse en atención al tiempo de reacción de que se dispone para evitar el daño una vez producido el incidente:

“la inminencia del riesgo no viene determinada sólo por el tiempo que puede transcurrir desde que incumple con la medida de seguridad [en este caso, se omite el mecanismo automático]

hasta que se produce el incidente causante del siniestro, sino que también, cuando el riesgo es permanente, como aquí ocurre debe tenerse en cuenta el tiempo de reacción que se dispone para evitar el daño personal o material una vez que se produce el incidente. Y, de una parte, este parámetro, en el presente caso obliga a considerar inminente el riesgo, pues producida la anomalía en el encendido de la caldera, la acumulación del combustible no evitada al no existir el mecanismo automático de corte en el suministro, determina una explosión inmediata de la caldera sin capacidad o tiempo de reacción con unos resultados de la magnitud que ha quedado reflejada (...) Y de otra, la misma inminencia del riesgo resulta evidenciada si se toman en consideración las anomalías y fallos en la llama que se habían producido el día anterior al siniestro en el encendido de la caldera”.

Por otra parte, tampoco se aprecia en el caso vulneración del principio de proporcionalidad pues la sanción se impone atendiendo a los criterios de graduación contemplados en el actual art. 39 LISOS: número de trabajadores afectados, cifra de negocios de la empresa, entidad del daño causado y carácter permanente del riesgo referido a cada operación de encendido. Más en concreto, por lo que se refiere a las circunstancias atenuatorias, el Tribunal considera correcto el criterio de la resolución sancionadora de rebajar la sanción por tratarse del primer accidente que se producía en la empresa después de muchos años de actividad, pero en cambio no puede considerarse como atenuante el hecho de que el incumplimiento de la normativa por parte de la empresa no fuera detectado por las inspecciones previas llevadas a cabo por las respectivas Administraciones.

b) Obstrucción a la labor inspectora

Finalmente, este repaso a los principales pronunciamientos del período se cierra con la **STS de 19 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2175, mediante la que se confirma la resolución sancionadora dictada por el Consejo de Ministros al apreciar la comisión de dos infracciones en materia de obstrucción a la actuación de la Inspección de Trabajo. Frente a la argumentación de la empresa sancionada de que los hechos imputados no se ajustan a la realidad, el Tribunal Supremo opone la presunción *iuris tantum* de certeza que acompaña a las actas de la Inspección de Trabajo y que, en este caso, no queda desvirtuada por la prueba en contrario practicada.

En efecto, en cuanto a la primera infracción –negar a los inspectores el acceso a las instalaciones durante más de una hora [art. 50.4.a) LISOS]–, la Sentencia considera que la mera alegación de que el recinto empresarial tiene dos puertas no es suficiente para destruir la existencia del ilícito, pues consta que se hicieron varias llamadas a las puertas del recinto sin obtener respuesta. Lo mismo cabe decir en relación a la segunda infracción –evasión por un hueco del recinto de más de veinte personas sin que se acreditara su carácter ni se diera razón de su presencia [art. 50.4.a) LISOS]–: a pesar de haberse presentado un informe pericial que acredita que el número de trabajadores requerido habitualmente en explotaciones como la examinada coincide con las personas presentes en el interior del local sin sumar las evadidas –lo que demostraría que estas últimas serían trabajadores

XI. Administración Laboral

innecesarios—, el Tribunal Supremo no concede eficacia a esta prueba para demostrar la inexistencia de infracción porque, al margen de que en esa fecha pudieran concurrir en la empresa circunstancias extraordinarias o trabajos intensivos, lo decisivo es que, con independencia de que esas personas prestaran o no servicios laborales en la empresa, la infracción obstructora existe igualmente puesto que hay una negativa empresarial a su identificación:

“(…) desde luego fue cierta la presencia de aquellas personas. En vía administrativa se alegó que ello no significaba que fuesen personal laboral de la empresa, pero ya se declaró en el acuerdo impugnado que eso no obstaba para la existencia de infracción, pues el empresario o los encargados estaban obligados a dar cuenta de la razón de que aquellas personas estuvieran presentes”.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER
AMPARO ESTEVE SEGARRA

XII. EL PROCESO LABORAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Expediente de Regulación de Empleo. Calificación de los despidos cuando la resolución administrativa es anulada. B) Fecha de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. C) Deportistas. Cese de jugador de waterpolo. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Expediente de Regulación de Empleo. Impugnación de acuerdo e inclusión en lista de trabajadores afectados. B) Deportistas. Actos de concesión de licencias federativas. C) Desempleo. Impugnación de sanción muy grave de pérdida de prestación. **4. Conciliación extrajudicial. Reclamación previa.** A) Acta de conciliación previa no aportada con la demanda. No procede la nulidad de actuaciones. B) Falta de reclamación previa. Desestimación de excepción alegada por la empresa. **5. Actos de comunicación procesal. Falta de traslado del escrito de ampliación o aclaración de demanda. 6. Demanda. Modificación sustancial. 7. Acumulación. Acciones. 8. Excepciones.** A) Falta de legitimación activa. Sindicato. B) Litisconsorcio pasivo necesario. C) Litispendencia. D) Cosa juzgada. E) Prescripción. **9. Práctica de la prueba.** A) Prueba Documental. Válida denegación. B) Prueba de confesión judicial practicada en la persona de letrado. Inadmisión. Consecuencias. **10. Sentencia.** A) Incongruencia. a) Existencia. b) Inexistencia. B) Hechos probados. C) Alcance del principio *in dubio pro operario*. **11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Reclamación al Estado. a) No procede la reclamación del período en el que se tramitó una querrela. b) Cuotas de la Seguridad Social. **12. Recurso de suplicación.** A) Naturaleza y objeto. B) Resoluciones susceptibles de recurso. C) Falta de motivación. D) Revisión de hechos probados. Prueba testifical. E) Afectación general. **13. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción: requisitos materiales. B) Escrito de preparación. **14. Recurso de revisión.** A) En base a sentencia del orden penal. B) Documentos que habilitan el recurso. C) Maquinación fraudulenta. **15. Recurso de amparo. Plazo y fundamentos. 16. Ejecución de sentencia.** A) Tercerías. B) Sentencias no ejecutables.

C) Intereses. D) Coherencia con los términos de la sentencia ejecutada. E) Ampliación contra un tercero. F) FOGASA. Prescripción. **17. Costas. Nulidad de actuaciones.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica jurisprudencial analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones relativas al proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 9 a 12 (ambos inclusive) del año 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Expediente de Regulación de Empleo. Calificación de los despidos cuando la resolución administrativa es anulada

En un supuesto en el que se anuló por la jurisdicción contencioso-administrativa la autorización administrativa de un despido colectivo, la **STS de 30 de septiembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 1766, establece que la jurisdicción social es la competente para conocer, tanto de la decisión sobre la calificación de los despidos que hayan perdido su apoyo en la citada autorización, como de la determinación de las consecuencias de dejar los despidos sin efecto.

B) Fecha de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2003, I.L. J 1939, declara la competencia de la jurisdicción social para determinar la fecha de encuadramiento del actor en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en un supuesto en el que, habiéndose extendido actas de liquidación por falta de alta del actor en el citado régimen, las mismas fueron recurridas en vía contencioso-administrativa y confirmadas por sentencia firme.

C) Deportistas. Cese de jugador de waterpolo

La STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2182, considera que la calificación de jugador profesional o aficionado decidida por las federaciones no es vinculante a efectos de determinar la naturaleza de la relación con el jugador. En consecuencia, se declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la extinción de la relación de un jugador de waterpolo con el club demandado, al concurrir en la misma las notas propias de una relación laboral, y ello aunque tal deporte se califique de aficionado por la Federación de Natación.

-XII. El Proceso Laboral-

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Expediente de Regulación de Empleo. Impugnación de acuerdo e inclusión en lista de trabajadores afectados

La STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2003, I.L. J 1636, sigue el criterio previamente establecido en las SSTS de 21 de junio de 1994 y de 18 de enero de 1999, al establecer la incompetencia de la jurisdicción social para conocer, tanto de la impugnación directa de un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores posteriormente homologado por una resolución administrativa, como de la impugnación por parte de un trabajador de las razones de su inclusión en el listado de trabajadores afectados por el ERE.

B) Deportistas. Actos de concesión de licencias federativas

Siguiendo el criterio establecido por los Autos de la Sala de Conflictos del TS de 14 de junio de 2001, 12 de mayo y 17 de junio de 2002, la STS de 18 de septiembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1967, declara la incompetencia del orden social para conocer de los litigios relativos a la clase de licencia federativa que corresponde a los deportistas profesionales, declarando expresamente la competencia del orden contencioso-administrativo en tal materia.

C) Desempleo. Impugnación de sanción muy grave de pérdida de prestación

La STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de junio de 2003, I.L. J 2037, declara la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la impugnación de una resolución administrativa que impuso una sanción muy grave consistente en la pérdida del derecho a la prestación por desempleo, y consiguiente reintegro de cantidades indebidamente percibidas. Ello se debe a que el art. 233.c) LGSS únicamente se refiere a las sanciones leves y graves como susceptibles de ser impugnadas ante la jurisdicción social, excluyéndose, por tanto, las muy graves, cuyo conocimiento queda reservado a la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. RECLAMACIÓN PREVIA

A) Acta de conciliación previa no aportada con la demanda. No procede la nulidad de actuaciones

La STSJ de Baleares de 7 de mayo de 2003, I.L. J 1896, contempla un supuesto en el que el actor no aportó el acta de conciliación junto con la demanda, ni tampoco el juzgado le requirió para que subsanara tal deficiencia. En aras del principio de conservación de los actos procesales, la sentencia declara que no procede declarar la nulidad de actuaciones por tal motivo, ya que la empresa no sólo no denunció dicho defecto, sino que de sus alegaciones en el acto del juicio se desprende que la conciliación se había realizado.

B) Falta de reclamación previa. Desestimación de excepción alegada por la empresa

En un procedimiento en materia de despido contra una fundación pública sanitaria, la STSJ de Galicia de 23 mayo de 2003, I.L. J 1594, desestima la excepción de falta de agotamiento de la vía previa alegada por la empresa, al considerar que en ningún momento existió indefensión para la misma, ya que el actor presentó papeleta de conciliación, a cuyo acto acudió la fundación demandada sin alegar la necesidad de reclamación previa.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. FALTA DE TRASLADO DEL ESCRITO DE AMPLIACIÓN O ACLARACIÓN DE DEMANDA

La STSJ de Baleares de 21 de enero de 2003, I.L. J 1840, contempla un supuesto en el que el Juzgado a quo no dio traslado a los demandados del escrito de ampliación o aclaración de la demanda, si bien éste se unió a los autos notificándose la oportuna resolución. La sentencia declara que no procede la nulidad de actuaciones por tal motivo, ya que en el acta del juicio no consta que se formulara objeción alguna, ni que se solicitara la suspensión de la vista.

6. DEMANDA. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL

La STSJ de Baleares de 11 de marzo de 2003, I.L. J 1853, dictada en un procedimiento por despido, establece que no se puede modificar en el acto del juicio la antigüedad del trabajador (alegando una antigüedad mayor a la referida en la demanda), ya que ello implica el planteamiento de un nuevo problema litigioso con incidencia en los intereses de la empresa, lo que supone una modificación sustancial de la demanda que causa indefensión.

7. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La STS de 13 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2088, declara que una vez acumulada una acción de clasificación profesional con otra de reclamación de las diferencias salariales por el reconocimiento de la nueva categoría laboral, configura a aquélla como principal y a ésta como derivada, en inevitable posición de dependencia respecto a la primera de ellas, cuya suerte procesal en todos los aspectos debe correr la última.

8. EXCEPCIONES**A) Falta de legitimación activa. Sindicato**

La STS de 26 de junio de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1663, confirma la SAN recurrida, que reconoció la legitimación activa de un Sindicato con implantación suficiente en el ámbito

-XII. El Proceso Laboral-

de la empresa y actuando en defensa del interés general de los trabajadores, para impugnar un Pacto o Convenio de ámbito nacional, careciendo de trascendencia su ámbito estatuario de actuación territorial (en este caso, Madrid).

B) Litisconsorcio pasivo necesario

La **STS de 4 de diciembre de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 2174, declara la existencia de litisconsorcio pasivo necesario en un procedimiento de impugnación de una resolución del INSS por la que se acuerda la devolución de cuotas de la Seguridad Social indebidamente recaudadas, y en el que la TGSS no es parte demandada. La **STSJ de Asturias de 13 de junio de 2003**, I.L. J 1956, declara que, una vez apreciada la falta de litisconsorcio pasivo necesario, es plenamente aplicable al procedimiento de oficio previsto en el art. 148.1 LPL la obligación del juzgador de seguir el trámite de subsanación previsto en el art. 81.1 LPL, y consiguientemente, la imposibilidad de dictar una resolución sobre el fondo del asunto.

C) Litispendencia

La **SAN de 5 de junio de 2003**, Sala de lo Social, I.L. J 1739, estima la excepción de litispendencia alegada por la parte porque la igualdad entre los litigios ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, sin que obste que sean físicamente distintas las personas que intervinieron en ambos pleitos, siempre que las que litiguen en el segundo ejerciten igual acción, invoquen iguales fundamentos y se apoyen en los títulos que sirvieron de soporte al primero, y ello de acuerdo con la **STS de 27 de marzo de 2003**.

D) Cosa juzgada

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2003**, I.L. J 1617, considera que existe cosa juzgada en una reclamación salarial respecto a la condena solidaria de la empresa y el empresario persona física, al existir una sentencia previa por despido en la que se había declarado la confusión patrimonial entre ambos. Por su parte la **STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de junio de 2003**, I.L. J 2031, señala que existe cosa juzgada en sentido positivo o vinculante o prejudicial, en un supuesto en el que una vez interpuesta una demanda solicitando que se declarase la naturaleza laboral indefinida de la relación que vinculaba a las partes, el demandante acciona por despido ante la finalización de su contrato, aunque no se produzca el efecto preclusivo por no concurrir la triple identidad del art. 1252 CC. La **STSJ de Asturias de 20 de junio de 2003**, I.L. J 1671, establece que no procede la aplicación de cosa juzgada cuando se están reclamando cantidades anteriores a la fecha del despido, al no ser dichas cantidades concurrentes con lo ya resuelto en el procedimiento por despido. La **STSJ de Cantabria de 21 de mayo de 2003**, I.L. J 1939, declara que el instituto de cosa juzgada vincula a todos los órganos jurisdiccionales, siendo plenamente aplicable a supuestos como el de autos, en el que las jurisdicciones contencioso-administrativa y social han de revisar la legalidad de la actuación administrativa inspectora en materia de encuadramiento en el RETA. En el mismo sentido, la **STC 200/2003, de 10 de octubre**, I.L. J 1716, (recurso de amparo 3503/2001), establece que se produce vulneración de la tutela judicial efectiva, al no aplicarse por una sentencia

del orden contencioso-administrativo que impone al recurrente el pago de unas liquidaciones de cuotas referidas al régimen de autónomos, el instituto de cosa juzgada respecto a la sentencia dictada en el orden laboral que negaba la procedencia de su adscripción a dicho régimen. Finalmente, la **STS de 7 de octubre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 1709, determina que una vez fijados en una sentencia firme, no sólo el grado de Invalidez Permanente, sino también la base reguladora de la prestación reclamada, ambos elementos integran la pretensión y el derecho reconocido, constituyendo de este modo cosa juzgada, sin que pueda enervarse el éxito de la excepción mediante la invocación de un error evidente en la sentencia que, aún de existir, el instituto de la cosa juzgada impondría por razones de seguridad jurídica.

E) Prescripción

La **STSJ de Baleares de 24 de febrero de 2003**, I.L. J 1829, estima la excepción de prescripción alegada por la empresa demandada, al considerar que independientemente de que la resolución de subrogación empresarial fuera declarada nula, el plazo para interponer demandas reclamando derechos y obligaciones derivadas del contrato de trabajo no puede extenderse más allá del plazo de prescripción general de un año desde que pudieron interponerse, y por tanto desde dicha decisión empresarial. La **STSJ de Madrid de 5 de mayo de 2003**, I.L. J 1632, en aplicación de la STS de 5 de octubre de 1994, recuerda que la prescripción es una excepción de carácter material en la medida que se funda en un hecho meramente excluyente que no afecta, por sí mismo, a la existencia del derecho que se ejercita; por lo tanto, no puede ser apreciado de oficio por el Juez y sólo beneficia a la parte que lo alega. Por su parte, la **STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2003**, I.L. J 1626, recuerda que el cómputo del plazo de prescripción en un procedimiento sancionador, en este caso instado por un sindicato contra uno de sus afiliados, empieza a contar desde que dicho sindicato tiene conocimiento de los hechos, habiendo transcurrido en todo caso tanto el plazo de prescripción de 60 días del ET como el de 6 meses del Código Penal. La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de julio de 2003**, I.L. J 2056, recuerda la Jurisprudencia del TS existente en la materia, y declara que la interposición de una acción de extinción de contrato por impago de salarios no interrumpe la prescripción respecto de una reclamación salarial posterior, al no coincidir en ambas acciones el objeto y la causa de pedir, y ello, pese a la indudable conexión causal de ambas acciones. La **STSJ de Asturias de 6 de junio de 2003**, I.L. J 1961, declara que a pesar de tener la misma tramitación procesal la impugnación de un convenio colectivo y un conflicto colectivo, dicha impugnación no interrumpe la prescripción de las acciones individuales, lo que sí ocurre con los conflictos colectivos. Finalmente, la **SAN de 5 de junio de 2003**, Sala de lo Social, I.L. J 1739, recuerda la imposibilidad de estimar y analizar la excepción de prescripción en los conflictos colectivos porque la sentencias dictadas en dichos procesos son declarativas por naturaleza, y tienen como única finalidad desvanecer incertidumbres de matiz jurídico.

9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Prueba Documental. Válida denegación

La STSJ de Madrid de 20 de mayo de 2003, I.L. J 1640, resulta interesante por cuanto resume la doctrina del TC sobre el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Según esta doctrina, aunque se trata de un derecho fundamental del litigante —consistente en poder provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre los hechos objeto de debate—, el art. 24 CE no le atribuye un poder ilimitado para que se admitan y practiquen todos los medios de prueba propuestos, siendo sólo admisibles aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes al caso; igualmente, sólo se otorgará amparo constitucional por la vulneración de este derecho si las pruebas solicitadas que no fueron admitidas o, admitiéndose, no fueron practicadas por causa no imputable al demandante, hayan podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito y el demandante haya fundamentado y argumentado las razones por las cuales la omisión de la prueba propuesta le ha producido indefensión. Con fundamento en esta doctrina, el TSJ de Madrid desestima el recurso al entenderse que la inadmisión por el juzgado *a quo* de algunas de las pruebas solicitadas fue ajustada a derecho, habida cuenta de la genérica y excesivamente amplia documentación solicitada que provocaba que la petición no guardara relación directa con el objeto del pleito. Además, razona el TSJ que “(...) la prueba solicitada no se muestra decisiva en términos de defensa de tal manera que la omisión procesal referida a su admisión judicial no ha causado indefensión que justifique el remedio extremo de la nulidad de actuaciones pretendida (...)”.

B) Prueba de confesión judicial practicada en la persona de letrado. Inadmisión. Consecuencias

La empresa demandada y condenada en la instancia por despido improcedente, recurre en suplicación solicitando la nulidad de las actuaciones, al no haberse permitido confesar en el acto de juicio, como representante legal de la empresa, al abogado que asumió la defensa jurídica de ésta y habiéndose, en consecuencia, tenido por confesa a la demandada respecto de determinados hechos probados perjudiciales para la misma (antigüedad, salarios y categoría profesional del actor). La STSJ de Baleares de 22 de mayo de 2003, I.L. J 1889, declara que la prueba de confesión que establece el art. 91.3 LPL debe ser completada con lo dispuesto en el art. 309 LEC, que impide que absuelva posiciones quien asume solamente la representación y defensa jurídica de la empresa en juicio en su calidad de abogado ejerciente, sin pertenecer o estar integrado en ella, ya que la reforma introducida por la nueva LEC trata de evitar que el interrogatorio de las partes carezca de valor probatorio alguno. Por ello, el TSJ declara que el juez *a quo* acertó al no autorizar la confesión en juicio de la demandada en la persona del letrado que la representaba y defendía. Sin embargo, la sentencia de suplicación estima la pretensión de nulidad de actuaciones alegada por la empresa recurrente, ya que no consta en los autos que se realizara la citación específica para dicha prueba de confesión en la forma prevista en el art. 304 LEC “(...) es decir, con el apercibimiento de que de no comparecer la persona citada a confesión, podrán tenerse por reconocidos los hechos en que dicha parte hubiera intervenido personalmente y cuya fijación le sea enteramente perjudicial (...)”.

10. SENTENCIA

A) Incongruencia

a) Existencia

En un procedimiento de reclamación de cantidad contra el Servicio Gallego de Salud, la **STSJ de Galicia de 31 de mayo de 2003**, I.L. J 1625, declara la nulidad de la sentencia de instancia por haber incurrido en incongruencia omisiva. Tal pronunciamiento se basa en los siguientes extremos: (i) la parte actora amplió la demanda con una nueva petición, sin que la sentencia se pronuncie sobre la misma; (ii) ante tal ampliación, la demandada opuso la excepción de falta de reclamación previa, sin que conste contestación ni razonamiento al respecto en la sentencia recurrida. Otro supuesto de incongruencia omisiva y la correspondiente declaración de nulidad de actuaciones se estima en la **STSJ de Baleares de 6 de junio de 2003**, I.L. J 1910: la sentencia de instancia no resolvió si el ERE llevado a cabo por la empresa planteaba o no una medida de traslado por el que los actores se habían visto afectados y contra el cual formulaban su reclamación. La **STC 218/2003, de 15 de diciembre**, recurso de amparo 4079/1999, I.L. J 2019, acoge el amparo solicitado por cuanto la sentencia de duplicación, dictada en un procedimiento de invalidez, deja sin resolver la pretensión subsidiaria de la demanda, lo que supone una denegación de justicia y la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

b) Inexistencia

La **STSJ de Madrid de 5 de mayo de 2003**, I.L. J 1633, declara la inexistencia de incongruencia de la sentencia de instancia y, en consecuencia, desestima la pretensión de su nulidad, por cuanto dicha resolución ha resuelto sobre todo lo pedido sin que en ningún momento se haya producido indefensión. Por su parte, la **STS de 24 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2014, desestima la alegación de incongruencia en un supuesto en el que habiéndose solicitado la declaración de una gran invalidez, en la instancia se desestima la demanda y en trámite de duplicación, se solicita subsidiariamente la declaración de una invalidez en grado de permanente absoluta. El TSJ se abstuvo de hacer pronunciamiento alguno sobre dicha petición de incapacidad permanente absoluta, entendiendo que en la instancia no se había solicitado ni siquiera de forma subsidiaria, confirmando en consecuencia la sentencia del Juzgado de lo Social. El TS estima el recurso razonando que, salvo que el demandante haya excluido de su *petitum* el reconocimiento de un grado de incapacidad diferente al pretendido, “(...) ha de entenderse (...) el reconocimiento de un grado de invalidez inferior al expresamente solicitado, no vulnera el principio de congruencia de la sentencia, pues tal principio no se conculca si se concede menos de lo pedido, siempre que lo otorgado pueda quedar subsumido en lo más que se pidiere (...)”. Para alcanzar dicha conclusión, el TS tiene en cuenta que el reconocimiento de una gran invalidez lleva implícito no sólo un estado físico o psíquico incapacitante para desarrollar los actos más esenciales de la vida, sino también para desarrollar una actividad

-XII. El Proceso Laboral-

lucrativa, por lo que el reconocimiento de una invalidez absoluta estaba implícito en la pretensión de la demanda.

B) Hechos probados

“(…) Cuando el párrafo 2 del art. 97 de la LPL, norma de carácter público, impone al Juez de lo Social declarar los hechos que expresamente estime probados quiere significar que debe consignar no sólo los hechos que estime suficientes para fundar la decisión, sino también todos los precisos para que la Sala, en caso de recurso, pueda pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas (…)”. Con este fundamento, la **STSJ de Madrid de 22 de mayo de 2003**, I.L. J 1656, declara la nulidad de la sentencia de instancia para que dicte otra que, completando el relato fáctico, resuelva con libertad de criterio, por cuanto la misma no recogía todas circunstancias que debieron tenerse en cuenta para declarar la cuantía de la prestación reclamada y el orden de las responsabilidades respecto de su pago (empresa e INSS).

C) Alcance del principio *in dubio pro operario*

En un procedimiento de despido, en el que se discute la cuantía de la indemnización por el despido improcedente previamente reconocido por la demandada, la parte actora alega la realización de una jornada superior a la pactada y, en consecuencia, su derecho a percibir un mayor salario a efectos de modular dicha indemnización. La sentencia de instancia razona sobre la poca fiabilidad del cálculo empresarial, pero a la hora de justificarlo, se limita a consignar que la jornada realizada era superior a la acordada –sin concreción alguna– y que, vista la ineficacia de la prueba de la empresa “(…) el pronunciamiento se atiene al *in dubio pro operario* (...)” acogiendo la cifra salarial alegada en la demanda. La **STSJ de Asturias de 27 de junio de 2003**, I.L. J 1673, declara la nulidad de la sentencia, disponiendo que el denominado principio *in dubio pro operario* no es una regla del Derecho, ni puede amparar que el Juez dude sobre el juicio fáctico. En consecuencia, la sentencia de instancia debió de hacer constar explícitamente la jornada que realizaba la actora, “(…) ya que otra cosa frustra el juicio de instancia y hace imposible el de suplicación (...)”.

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Reclamación al Estado

a) No procede la reclamación del período en el que se tramitó una querrela

La **STSJ de Madrid de 10 de junio de 2003**, I.L. J 1683, declara que no procede reclamar al Estado el período durante el cual quedó suspendido el plazo para dictar sentencia por haberse presentado querrela contra el empleado por parte de la empresa. Con cita de otra sentencia de la misma Sala de 25 de enero de 2000, el Tribunal establece que dicho período debe quedar excluido de la responsabilidad que se reclama por no deberse a un retraso o funcionamiento anormal del Juzgado, sino a un procedimiento penal debido a la voluntad de la empresa.

b) Cuotas de la Seguridad Social

La STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2003, I.L. J 2184, estima de forma clara y rotunda que en los casos de despido en que sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, también tendrá que asumir el Estado el coste de la cuotas de Seguridad Social correspondientes a dichos salarios, posibilitándose la reclamación conjunta de ambas cantidades.

12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Naturaleza y objeto

La STSJ de Cantabria de 24 de junio de 2003, I.L. J 1926, reitera el régimen de instancia única, oralidad e inmediatez del proceso social, al no ser el recurso de suplicación una segunda instancia sino un recurso extraordinario con motivos legalmente tasados.

B) Resoluciones susceptibles de recurso

El ATSJ del País Vasco de 4 de marzo de 2003, I.L. J 1567, resolviendo y desestimando un recurso de queja, establece que no se puede interponer un nuevo recurso de suplicación contra un auto que resuelve un recurso de suplicación contra un auto previo, por el cual se acuerda el archivo de la demanda ante la existencia de un defecto que no fue debidamente subsanado, todo ello en virtud del art. 184 LPL. Por su parte, el ATSJ del País Vasco de 1 de abril de 2003, I.L. J 1583, resolviendo y estimando un recurso de queja, establece que el auto que declara la insolvencia provisional de la empresa es susceptible de recurso de suplicación, porque no supone el cierre definitivo de la ejecución, resultando decisivo para que el ejecutante pueda satisfacer sus créditos. En otras palabras, procede dicho recurso por cuanto (i) resuelve un recurso de reposición; (ii) no puede ser sustituido por una providencia; (iii) la sentencia que se ejecuta era recurrible en suplicación en cuanto al fondo; (iv) resuelve una cuestión no decidida en el título ejecutivo, y (v) resuelve un cuestión sustancial.

C) Falta de motivación

La STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de marzo de 2003, I.L. J 1581, desestima el recurso porque (i) no expresa la norma procedimental supuestamente vulnerada y su conexión con la postulada indefensión; (ii) no se indica la posible prueba que denota el error del juzgador de instancia al valorar la prueba, y (iii) no cita las normas sustantivas supuestamente vulneradas que puedan amparar su postura. Por su parte, la STSJ de Galicia de 19 de mayo de 2003, I.L. J 1592, desestima el recurso porque el recurrente no hace constar ni determina en qué consiste la revisión de hechos que propone en su único motivo, no pudiendo el órgano de suplicación valorar otras infracciones legales que las que la parte haya puesto de relieve, y que, en este caso, tampoco se proponen. De otro lado, la STSJ de

-XII. El Proceso Laboral-

Galicia de 23 de mayo de 2003, I.L. J 1595, inadmite igualmente la suplicación porque el recurrente no denuncia ni razona la infracción de una específica disposición legal.

D) Revisión de hechos probados. Prueba testifical

La STSJ de Cantabria de 4 de abril de 2003, I.L. J 1932, establece que si el juzgador *a quo* ha valorado la prueba, siendo ésta testifical, no cabe pretender revisar los hechos de la sentencia de instancia.

E) Afectación general

La STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2003, I.L. J 1659, estima que se cumple el requisito de afectación general (notoria y de conocimiento obligado) cuando existe un procedimiento de conflicto colectivo sobre el mismo objeto respecto del que ha fallado el juzgador *a quo*, siendo por ello la sentencia recurrible en suplicación. La STS de 6 de junio de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1783, establece los requisitos para apreciar la afectación general a efectos del recurso de suplicación: puede ser notoria o claramente conocida (no es necesaria su alegación por la parte) y, en los restantes casos, es necesaria su alegación y prueba. En este mismo sentido se pronuncian las SSTS de 6 y 9 de octubre de 2003, todas de la Sala Cuarta, I.L. J 1784, 1786 y 1797. Por su parte, la STS de 23 de octubre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1817, establece que la apreciación de la notoriedad de la afectación general corresponde al Juez de lo Social, a las Salas de lo Social de los TTSSJ (en vía de suplicación) y del TS (en vía de unificación de doctrina) por ser materia de competencia funcional. Por último, la STS de 27 de mayo de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1885, determina que si la sentencia es recurrible por afectación general y la Sala tiene criterio reiterado sobre la cuestión debatida, no cabe cerrar el recurso (vulneración de tutela judicial efectiva) sino inadmitirlo en base a tal criterio.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Contradicción: requisitos materiales

La STS de 25 de septiembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1550, exige que las controversias de las sentencias de contraste sean esencialmente iguales, resultando que si en una se reclama un capital coste de renta y en otra intereses de un capital coste, no existe tal identidad y, por tanto, no se cumple el requisito de contradicción. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 17 de septiembre y 6 de octubre de 2003, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1747 y 1780. La STS de 7 de octubre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1972, establece la falta de contradicción entre dos sentencias sobre invalidez porque, aun refiriéndose a lesiones iguales, afectan a los trabajadores de distinta manera respecto a su incidencia en la capacidad de trabajo. De otro lado, la STS de 13 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1996, establece que el recurrente ha de expresar con claridad la identidad de los supuestos de hecho y la relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada. Igualmente, la STS de 14 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2007, establece como requisito, no sólo la constancia de la contradicción sino también el examen de las infracciones de la sentencia recurrida.

B) Escrito de preparación

La STS de 30 de septiembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1556, desestima la casación porque el escrito de preparación incumple el requisito de determinar tanto el sentido y alcance de la divergencia entre las sentencias comparadas como las resoluciones en relación con las que ésta se produce, lo que supone un defecto procesal insubsanable.

14. RECURSO DE REVISIÓN**A) En base a sentencia del orden penal**

Es viable este recurso en base a una sentencia penal absolutoria por inexistencia de hecho imputado o por inexistencia de participación en el mismo; así lo declara la STS de 6 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2060.

B) Documentos que habilitan el recurso

La STS de 25 de septiembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 1705, reitera que la revisión no es una segunda instancia, siendo restrictivo el criterio para su admisión. Dicho recurso no se puede basar en actas de liquidación que se han producido después de la sentencia recurrida, y que además no son decisivas para resolver la cuestión litigiosa.

C) Maquinación fraudulenta

La maquinación fraudulenta es un artificio para ganar un pleito que de modo artero conduce al error, siendo así que las meras ocultaciones de datos en el curso de un proceso no se consideran como tal. Éste es el criterio que mantiene la STS de 3 de noviembre de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 2116.

15. RECURSO DE AMPARO. PLAZO Y FUNDAMENTOS

La STC 211/2003, de 1 de diciembre, I.L. J 2020, (recurso de amparo 5133/2001), establece que (i) el plazo para presentar el escrito es de 20 días desde la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, y no desde la que se dicte declarando su firmeza, y (ii) es motivo de recurso que la sentencia haya resuelto lo no planteado y no haya contestado la petición que se le formuló.

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Tercerías

El Juez de lo Social es competente para analizar la validez del título que aporta un tercerista cuya finalidad es el alzamiento del embargo trabado sobre un bien (arts. 258.1 LPL y 10.1 LOPJ), sin perjuicio de la posibilidad del tercerista de acudir a la jurisdicción ordinaria para resolver sobre la titularidad del bien. Así lo declara la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2003, I.L. J 1621.

B) Sentencias no ejecutables

La STSJ de Madrid de 3 de junio de 2003, I.L. J 1687, estimó que no cabe ejecución parcial sobre la indemnización por despido improcedente debidamente consignada porque, aunque sólo se discute en suplicación la cuantía de dicha indemnización, la demandada tiene la posibilidad de cambiar el sentido de la opción en el caso de que ésta se incrementa.

C) Intereses

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 30 de abril de 2003, I.L. J 1881, establece que los intereses en ejecución se han de imponer a la parte que ha causado la demora en la ejecución y que nacen *ope legis*.

D) Coherencia con los términos de la sentencia ejecutada

La STSJ de Cantabria de 24 de junio de 2003, I.L. J 1923, determina que la resolución dictada en ejecución de una sentencia sobre reclamación de pensión, debe referirse a la misma pensión y fechas que la sentencia ejecutada.

E) Ampliación contra un tercero

Si se pretende ampliar la ejecución contra tercero (ajeno a la sentencia ejecutada) es necesario que se funde en un cambio sustancial producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo; así lo estima la STSJ de Cantabria de 14 de mayo de 2003, I.L. J 1949.

F) FOGASA. Prescripción

La STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de julio de 2003, I.L. J 2161, señala que la naturaleza subsidiaria de la responsabilidad del FOGASA no se desvirtúa en fase de ejecución, por lo que habiendo prescrito el plazo de ejecución frente al obligado principal dicha prescripción también alcanza a FOGASA.

17. COSTAS. NULIDAD DE ACTUACIONES

Cuando la Sala de Suplicación inadmite el recurso y declara la nulidad de las actuaciones, no existe un pronunciamiento sobre el fondo ni, en consecuencia, parte vencida, por lo que no procede la imposición de costas. Éste es el criterio que establece la **STS de 26 de noviembre de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 2120.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

SONSOLES GONZÁLEZ SOLÍS

JORGE GOROSTEGUI ARRIERO

VERÓNICA OLLÉ SESE

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Delegado de prevención: designación por el empresario.

2. Infracción de normas sobre medidas de seguridad. A) Deber del empresario: doctrina general. B) Deber del empresario condicionado y limitado a los riesgos. **3. Recargo**

de prestaciones. A) Falta de formación del trabajador. B) Relación de causa a efecto: ausencia de caso fortuito. C) Incumplimiento de obligaciones dispuestas en el propio

Plan de Seguridad empresarial. **4. Responsabilidad empresarial: indemnización por**

daños. A) Responsabilidad contractual: doctrina general. B) Alcance del daño y evaluación económica. **5. Imposición de medidas correctoras: Administración General del Estado:**

procedimiento. A) Actuación de oficio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

B) Actuaciones de los representantes de personal. C) Actuación en caso de riesgo grave e inminente.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica está incluido el análisis de las decisiones del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia aparecidas en los números 9 a 12 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1548 a 2186), correspondientes a los meses de febrero a abril de 2004, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

Los temas objeto de estudio en esas decisiones judiciales presentan alguna variedad pues se analizan cuestiones tales como la demostración de ser delegado de prevención o el procedimiento para imposición de medidas correctoras en temas de prevención cuando el sujeto responsable es la Administración General del Estado con respecto al personal que trabaja en sus centros. Los temas más relevantes, sin embargo, siguen siendo los mismos: el de infracción de normas y medidas de seguridad y el de la responsabilidad empresarial con la eventual imposición del recargo de prestaciones.

1. DELEGADO DE PREVENCIÓN: DESIGNACIÓN POR EL EMPRESARIO

La obligación del empresario de prevenir los riesgos laborales en su empresa y de adoptar las distintas medidas dirigidas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores conlleva la obligación de disponer de una organización y medios necesarios que aseguren el cumplimiento del deber de protección empresarial que postula el art. 14.2º LPRL. La Ley le otorga diversas posibilidades para articular y desarrollar sus actividades preventivas en el capítulo IV LPRL bajo la denominación de “Servicios de prevención”, desarrollado por el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, y otras normas reglamentarias como OOMM de 22 de abril y 27 de junio de 1997.

En las empresas de más de seis trabajadores que no tengan la obligación de constituir un servicio de prevención propio o cuando el empresario no la asuma personalmente, éste la organizará directamente mediante la designación de uno o varios trabajadores que se ocupen de la actividad preventiva, a virtud de los arts. 3.1º LPRL y 12.1º RD 39/1997.

A partir de estos presupuestos legales resulta cuando menos chocante que se discuta en la sentencia de instancia, **STSJ de Madrid de 17 junio de 2003**, I.L. J 1682, si el trabajador despedido ha sido o no delegado de prevención que él aduce que sí, estando en tela de juicio si ha ejercitado las funciones de tal y siendo indiferente que la empresa le haya conminado a realizar un curso básico de prevención de riesgos.

La citada sentencia aduce que “al actor corresponde acreditar que ostentaba el cargo que dice y no a la empresa el dejar fijado quién fuera su titular”.

Realmente, el trabajador ha debido ser designado por la empresa y ello debe constar fehacientemente, pues el cargo de Delegado de Prevención no debe tener que demostrarse con la realización de determinados hechos que eventualmente puedan inducir a pensar en tal condición. El Delegado de Prevención debe ser obligatoriamente designado por el empresario según la dicción legal, ya citada, no habiendo pruebas de tales extremos en el caso de la sentencia analizada.

2. INFRACCIÓN DE NORMAS SOBRE MEDIDAS DE SEGURIDAD

A) Deber del empresario: doctrina general

En el presente caso, **STSJ de Baleares de 5 de mayo de 2003**, I.L. J 1895, se plantea el alcance y los límites de la responsabilidad empresarial derivada de lo dispuesto en el art. 123 LGSS en relación con la aplicación de la normativa creada por la LPRL bajo cuya vigencia se produjo el accidente de trabajo del actor, estableciéndose en su art. 14.2º que “en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el traba-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

jo(...)". En el apartado 4º del art. 15 LPRL se señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Además, el art. 17.1º LPRL establece que "el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores".

El Tribunal Supremo en STS de 8 de octubre de 2002 ya ha declarado que "del juego de estos tres preceptos se deduce que el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias cualesquiera que ellas fueran".

En el caso enjuiciado por la sentencia:

"el siniestro se produjo no sólo por no haberse sujetado la barra metálica correctamente para su descarga sino además por no situarse el trabajador accidentado a la distancia adecuada, al tener que salvar el izado de la pieza en su descarga, en su descarga del camión, un tubo de ocho metros de diámetro, no estando en el momento de realizar tales maniobras el Jefe de obra ni ningún otro responsable de la empresa que vigilaran tanto las tareas de enganche de la vía, como la posterior colocación del trabajador".

Ante estos hechos acaecidos y observándose que la protección adeudada por el empresario

"se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador"

se declara la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad.

B) Deber del empresario condicionado y limitado a los riesgos

Sin embargo, la STSJ de Asturias de 13 de junio de 2003, I.L. J 1957, recuerda que:

"la habitual idea de que, siempre que el resultado dañoso ocurre, el deber general de seguridad ha sido violado porque, si se hubieran adoptado las medidas aptas para conjugar el riesgo, el daño no habría tenido lugar, sólo entraña una banal tergiversación contraria al mandato legal".

Han sido, efectivamente, los reglamentos de policía laboral los que han ido jalonando cada circunstancia, cada sector de actividad, cada puesto de trabajo, cada ambiente con cautelas del más variado orden y con la conminación de las sanciones y demás efectos correctores adjudicados por la norma a la inobservancia de cada una; en esto se resuelve el deber general de seguridad postulado legalmente. No se trata de evitar el daño o de prevenir todo riesgo, porque ello agotaría por sí solo todo esfuerzo legislativo y convertiría la materia de seguridad e higiene en un terreno de responsabilidades directas y escuetamente objetivas, determinadas sin más por el resultado. No es ésta evidentemente la traza jurídica adoptada por nuestro sistema legal, pues como señala la citada sentencia:

“El principio rector es decididamente el de la responsabilidad por culpa, es decir, por acciones u omisiones atribuibles a un sujeto concreto, descritas como ilegales por una norma precisa.”

Se debe tener en cuenta que el deber de seguridad empresarial no comporta la obligación de prever y prevenir todo daño cualquiera que sea su clase u origen, sino como declara la sentencia:

“sólo los riesgos, es decir, aquellas posibilidades potenciales, cuya razonable probabilidad de actualización sea previsible; naturalmente al nivel de prioridad y eficacia impuestas por la prevalencia que los valores comprometidos en los riesgos industriales ostenten por propia naturaleza”.

La falta de protección ocular de la cual deriva el trabajador una responsabilidad en el empresario no se puede encuadrar sobre conducta concreta en ninguno de los tipos legales, ya que:

“el uso de gafas protectoras en el puesto del accidentado no sólo no era obligatorio, sino que resultaba desaconsejable y entorpecedor de las labores”.

3. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Falta de formación del trabajador

La evaluación de riesgos constituye pieza central de todo el sistema de prevención con el objetivo de garantizar eficazmente la seguridad en el trabajo desde su origen mismo y no como medidas paliativas ante hechos consumados. El art. 15.1º LPRL recogiendo los principios ya establecidos por la Directiva 89/391/CEE de 12 de junio establece que “el empresario aplicará las medidas que integran el deber general de prevención” con arreglo a evitar los riesgos y evaluar aquellos que no se puedan evitar. A tenor de los arts. 16 LPRL y 3 RD 39/1997, dicha evaluación forma parte del deber jurídico de protección que “lejos de constituir un mero enunciado, se corresponde con el derecho del trabajador a ser protegido eficazmente frente a los riesgos que entraña su actividad” (art. 14 LPRL). La evaluación permite estimar los riesgos y así el empresario puede adoptar las medidas preventivas dirigidas a evitarlos, organizar un Plan de Prevención y consecuentemente informar y formar al trabajador eficazmente, todo ello en un proceso de revisión y control permanente acorde con la propia dinámica productiva, siempre cambiante, según lo previsto legalmente.

La sentencia analizada, STSJ del País Vasco de 18 de marzo de 2003, I.L. J 1564, contempla el caso de un trabajador accidentado, con categoría de gruista, de veinte años de edad, realizando su primer empleo, con contrato temporal y que sólo había recibido un curso de formación interna de ocho horas de duración sobre Conceptos básicos de segu-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

riedad en el manejo de grúas. No conocía, por tanto, cómo abordar situaciones concretas y puntuales, ni conocía que en supuestos de avería del carro que abastece la máquina F-3 tuviera o pudiera utilizarse el de la máquina Chapa-2, si ello suponía riesgos distintos y añadidos, como la necesidad de bajar al foso, etc.; a mayor abundamiento el trabajador recibió una orden directa y personal del encargado de la empresa.

La sentencia concluye que ante estos hechos ha habido una falta de formación del trabajador por parte del empresario, ex art. 19 LPRL, que:

“obliga al empresario, partiendo del deber de protección, de garantizar que cada trabajador reciba una información, teórica y práctica, suficiente y adecuada (...) que corresponda a los riesgos del concreto puesto de trabajo o a las funciones que realice y se adapte a la evolución que éstos puedan sufrir”

y una falta del art. 15.3º LPRL que también obliga al empresario a:

“adoptar las medidas de toda índole para garantizar la protección en orden al acceso al trabajo (zonas de riesgo)”.

B) Relación de causa a efecto: ausencia de caso fortuito

A la falta de formación y de capacidad profesional del trabajador accidentado además de irregularidades en el manejo de máquina por un trabajador inhabilitado para ello, con limitación de su campo visual y sin dirección alguna de tal operación se refiere ahora la sentencia que ahora comentamos, **STS de 30 de junio de 2003**, I.L. J 1664, que debido a todo ello aplica el art. 123 LGSS imponiendo el recargo de prestaciones por falta u omisión de las medidas de seguridad.

Estos hechos y circunstancias ahora relatadas

“constituyen indicios razonables suficientes para estimar que este cúmulo de irregularidades fue el desencadenante de la explosión litigiosa, teniendo en cuenta que ninguno de los hechos probados permite estimar que el accidente se debió a causas fortuitas o de fuerza mayor”.

El art. 123 LGSS condiciona la procedencia del recurso al requisito de que exista una relación de causalidad entre la infracción imputable a la empresa y el daño producido; esta conexión puede romperse cuando la infracción es imputable al propio trabajador. No obstante ello ser proclamado por el Tribunal Supremo (STS de 20 de marzo de 1983, 21 de abril de 1988 y 6 de mayo de 1998, entre otras), la sentencia ahora estudiada proclama que:

“tal doctrina no es aplicable al supuesto concreto en que las infracciones acusadas y declaradas probadas permiten legítimamente concluir que los incumplimientos imputables al empleador fueron determinantes en la causación del daño que, quizá, no se hubiera producido de haber cumplido las condiciones mínimas de seguridad”.

Sin embargo, esa doctrina de la causalidad entre infracción empresarial y daño producido puede, en ocasiones, llegar a modularse, cuando el trabajador accidentado contribuyese a aumentar el riesgo.

Éste es el supuesto que contempla la **STSJ de Baleares de 5 de mayo de 2003**, I.L. J 1890, donde un trabajador, técnico de mantenimiento de aeronaves, utilizó una escalera y plataforma superior de la misma provista de una sola barandilla en su parte derecha, teniendo que encaramarse a la parte superior del motor y luego descender de la aeronave. La escalera y plataforma superior no tenían los requisitos previstos en el RD 1215/1997 de cara a disponer de barandillas rígidas de una altura de 90 cm, pues sólo las había en un lado, además de no utilizarse arnés por el trabajador, que aunque fuera de difícil colocación la empresa pudo establecer los puntos de sujeción precisos.

A tenor de todo ello “debe confirmarse el criterio del juez de instancia de estimar que la falta de medidas de seguridad tuvo relación de causalidad con el accidente”.

Por otro lado, la empresa

“ha venido aceptando tácitamente (estos hechos) al consentir las dos sanciones impuestas (...), por todo lo cual (...) la empresa al sustituir en la actualidad tales plataformas vino a reconocer el riesgo que comportaban las hasta entonces utilizadas”.

El Tribunal Superior de Justicia estima que las infracciones eran graves en grado mínimo y también que:

“el accidentado contribuyó con la colocación de la escalera en forma distinta a la habitual a incrementar el riesgo concurriendo una cierta compensación de culpas, estimándose el recurso en este punto y reducir al 30 por ciento el incremento fijado, conforme a la letra y espíritu del art. 123 LGSS”.

C) Incumplimiento de obligaciones dispuestas en el propio Plan de Seguridad empresarial

Otro supuesto en que acaece un accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad se analiza en la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de julio de 2003**, I.L. J 2047, en una empresa dedicada al lavadero de lanas. En esa empresa existía una máquina cuya banda o cinta transportadora carecía de un trozo, a través del cual observó la trabajadora que se desplazaba la lana, lo cual le obligó a manipular la máquina hasta el rodillo de arranque de la banda quedando su mano atrapada y sufriendo amputación de la misma.

La empresa tenía contemplada la evaluación de riesgos donde se recoge la obligación de desconectar previamente la máquina en las tareas de mantenimiento, engrase y limpieza de máquinas, no estando recogida la actividad preventiva, siendo así que el trozo que faltaba en la cinta transportadora faltaba desde hacía unos cinco años.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

La Sentencia analizada estudia el Real Decreto 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen disposiciones mínimas de Seguridad y Salud laboral para la utilización por los trabajadores de equipos de trabajo; dicha norma es la que tipifica la conducta del empresario, junto con los preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales [arts. 14, 15.1.c) y g), 17.1 y 18] y Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores [arts. 4.2.d) y 19.1°].

A luz de los contenidos normativos citados y los hechos sucedidos, para la aplicación del recargo de prestaciones, la Sentencia citada concluye:

“siendo así que el trozo que faltaba en la cinta transportadora faltaba desde hacía unos cinco años y habiendo advertido (la trabajadora) de esta circunstancia a la empresa, y siendo así que para desatascar la lana que se desplazaba por el agujero que dejaba el trozo que faltaba, era necesario tener la máquina en funcionamiento (...), concurre la relación de causa-efecto entre el estado en que se encontraba la cinta transportadora de la máquina donde prestaba servicios la trabajadora (y el accidente)”.

Dicha omisión de las medidas de seguridad, calificada de “falta grave” unido a las graves consecuencias que ha sufrido la trabajadora con la amputación de su mano izquierda, acarrea la imposición del recargo de prestaciones en el 50 por ciento.

4. RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL: INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

A) Responsabilidad contractual: doctrina general

El tema objeto de debate de la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2003, I.L. J 2034, gira en torno al montante indemnizatorio que le corresponde abonar al empresario, por responsabilidad contractual, ante la consecuencia del fallecimiento de un trabajador por falta de medidas de seguridad en su empresa.

Junto con las indemnizaciones derivadas del sistema prestacional, del orden general y responsabilidades públicas, todas ellas legales, pueden existir –aduce la sentencia citada– otras convencionales en los términos del propio pacto colectivo y otras comprendidas en el ámbito de la Seguridad Social derivadas éstas de la existencia de una omisión empresarial de medidas de seguridad causante o propiciante del siniestro. A todo ello, debemos unir las responsabilidades del Orden Penal y, finalmente, la responsabilidad indemnizatoria derivada del art. 1101 del Código Civil (contractual), o incluso, también en su caso, del art. 1902 de la misma norma civil (extracontractual) al margen de eventuales responsabilidades administrativas. A todo ello se deben unir las dificultades de calibrar y determinar el alcance del daño causado, relacionado con la vida humana o con la calidad de la misma y de terceros, y por ende, de la cuantía de la indemnización, teniendo en cuenta, además, la diversidad de responsabilidades, tanto en cuanto a su origen, como en cuanto al sujeto que resulte obligado al pago.

El TSJ analiza la sentencia de instancia y observa que la misma ha seguido un procedimiento análogo al contenido en el Anexo de la Ley de Seguros Privados; procedimiento que se utiliza con cierta frecuencia aunque sin que exista un especial argumento normativo a favor de ello. La citada norma sobre seguros privados es un hito normativo que es posible tener en supuestos como el contemplado en la sentencia, aunque su razón de ser sea claramente distinta, como es la de acomodar, con las excepciones a que el Tribunal Constitucional se ha referido, si se acredita un daño superior (STC de 29 de junio de 2009), en la relación privada de aseguramiento existente, la prima del seguro y el riesgo que asume la aseguradora privada, con una determinada cuantía sobre la que realizar cálculos actuariales.

Sin embargo, en el caso analizado la situación es jurídicamente distinta a la que puede surgir en un accidente de tráfico. En el supuesto de la sentencia existe una relación contractual de naturaleza laboral que genera una especial responsabilidad entre el propietario de la instalación empresarial donde se presta el trabajo y quien, bajo sus órdenes, se incardina en él como consecuencia de la suscripción de dicho contrato. El empresario queda así supeditado a cumplir con las obligaciones de seguridad suficiente que derivan del propio contrato a favor de quien pasa a estar bajo su dependencia [artículo 4.2d) ET, y artículo 14.1º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales].

No es exactamente equiparable una secuela derivada de un accidente en el que no existe, de modo concreto, obligación contractual de seguridad y de adoptar todos los medios necesarios e idóneos para impedirlo, con el que ocurre como consecuencia de otras circunstancias, a veces fortuitas, o cuando menos, no equiparables a las que derivan de la previa existencia de un contrato de trabajo y un aseguramiento público.

Las consecuencias de un fallecimiento o lesión permanente por enfermedad común acarrean consecuencias distintas a las producidas por un evento laboral causado además por falta de adecuadas medidas de seguridad, siendo distintas también esas consecuencias cuando el siniestro laboral ocurre sin que haya existido infracción de las obligaciones de seguridad exigibles.

La tesis de la sentencia de primera instancia que analiza el Tribunal Superior, parte de aplicar el anexo de la mencionada Ley de Seguro Privado, como ya hemos referido, y de descontar lo capitalizado por las prestaciones legales de índole pública; posición que, en definitiva, no tiene por qué ser distinta o especialmente distinta cuando el fallecimiento tiene su origen en muerte natural o en accidente no laboral, pero no es admisible en siniestro laboral (STS de 2 de octubre de 2000).

De este modo advierte la citada Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, citada, que:

“carece de todo sentido, haciendo esa operación, hacer igual de responsable al empleador incumplidor; por cuya culpa u omisión de seguridad se originó el daño, que a quien no intervino, obviamente, en un evento común, o cuando, ocurrido siniestro laboral, se había

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

cumplido con sus obligaciones de seguridad por el empresario: de cero pesetas, en aquel momento, cero euros en la actualidad”.

En este sentido ya había señalado el Tribunal Supremo que además de las prestaciones públicas del Sistema de Seguridad Social que procedan, puede reclamarse al empresario culpable una indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente (SSTS de 2 de febrero de 1998, 12 de febrero de 1999 o 20 de julio de 2000), carecía de sentido luego conducir a la indemnización “cero”, pese a existir intervención patronal negativa en el siniestro, como consecuencia de ese descuento de la capitalización de la responsabilidad pública.

Y, en esa misma dirección quedaría de peor condición quien tiene un aseguramiento público y percibe finalmente el mismo monto indemnizatorio, que quien padece, con mero origen de siniestro de tráfico, la misma indemnización, pese a los distintos canales de aseguramiento y la diversa intervención e intensidad.

Se entiende así:

“que debe matizarse profundamente la doctrina que señala que se debe de tener en cuenta todo lo que se va a percibir como consecuencia del siniestro, para así proceder a descontarlo de la eventual indemnización contractual o extracontractual (así, en idéntico sentido, STSJ de Cantabria de 21 de febrero de 23). Pues no cabe hacer, no ya de igual, sino incluso de peor condición, a quien se ha visto dañado en patológico ordinario, o a un accidente extralaboral, sin intervención empresarial conocida, sino debido a la intervención, activa o pasiva, del mismo, que ha dado lugar al evento dañoso y a sus resultas, tal y como ha señalado la doctrina científica más caracterizada (así, entre otros, Sempere o Cavas Martínez)”.

B) Alcance del daño y evaluación económica

Es la misma decisión judicial, –**STSJ de Castilla-La Mancha de 26 junio 2003, I.L. J 2034**– la que advierte de la dificultad de determinar el alcance del daño causado, que comprende tanto el daño emergente, como el lucro cesante, como los daños materiales y los morales. Y ello especialmente, cuando lo ocurrido es la pérdida de la vida humana, con la particular incidencia que ello comporta en las personas que lo rodeaban, y no sólo en el momento, sino en su proyección hacia el futuro.

Pese a ello, y atendiendo a todas las circunstancias que concurren, incluida la valoración que pueda dársele, a esos efectos, a que el trabajador fallecido se situara, sin poderse determinar exactamente debido a qué, en las proximidades del *feeder* (aunque ello no pueda ser propiamente calibrado como una compensación de culpas, al no estar en absoluto clara la existencia de la misma, ni pueda la misma presumirse sin más),

“la existencia comprobada de omisión de medios de seguridad por parte de la empresa principal, con la que el trabajador tenía concertada su vinculación laboral, así como la edad del fallecido, de la esposa y de la hija del matrimonio, así como también las cantidades ya

percibidas, parece adecuado el concretar el monto indemnizatorio, no en lo ahora solicitado en el Suplico del recurso (53.099.054 pesetas, o su equivalente en euros), pero sí cuando menos en una cantidad que ayude a compensar los daños causados, al margen de las otras indemnizaciones del Sistema, y sirva también para situar a la empresa infractora en una adecuada situación de responsabilidad, distinta de cuando el evento ocurre sin su intervención u omisión. Cantidad que esta Sala fija en 20.000.000 de pesetas (120.202,42 euros), por mitades para la esposa y para la hija del fallecido. Siendo responsable única de su abono, según se razona en el fundamento jurídico tercero de la Sentencia de instancia, exclusivamente la codemandada y empleadora del fallecido RENFE, procediendo así mantener la absolución del resto de demandados”.

5. IMPOSICIÓN DE MEDIDAS CORRECTORAS: ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO: PROCEDIMIENTO

El tema que se analiza en la STS de 4 de diciembre de 2003, Sala Tercera, I.L. J 2181, versa sobre la falta de legitimación de los trabajadores individuales de la Administración General del Estado para la imposición de medidas correctoras en materia de prevención de riesgos laborales.

A) Actuación de oficio de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

La normativa que regula tal procedimiento está contenida en el Reglamento, aprobado por el RD 707/2002, cuyo art. 3.1 se refiere a que el procedimiento especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y para la imposición de medidas correctoras de los incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en la Administración General del Estado se iniciará siempre de oficio por el órgano competente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, bien por orden superior, bien por propia iniciativa o a petición de los representantes del personal.

La parte recurrente alega que el citado art. 3 RD 707/2002 no permite, indebidamente, que los trabajadores individualmente puedan iniciar o estar legitimados para iniciar el procedimiento, y con ello se afecta a lo dispuesto en el art. 40 LPRL y art. 4 de la LET.

Sin embargo, el Tribunal Supremo observa que los preceptos citados del Reglamento de actuación en la Administración General del Estado reproducen los contenidos del art. 45. a) LPRL,

“siendo ésta la norma que el RD 707/2002 trata de desarrollar (...), además que la intervención de los trabajadores puede posibilitarse bien por su actuación ante los representantes del personal o incluso ante la propia Inspección para que si lo estima procedente actúe”.

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

B) Actuaciones de los representantes de personal

También es objeto de recurso los contenidos del art. 3.3° RD 707/2002, cuyo tenor literal es el siguiente: “Si la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social hubiese sido instada por los representantes del personal de dichos organismos o centros, conforme a lo dispuesto en el art. 45.1° LPRL, a petición de actuación de la Inspección deberán acompañarse relación de actuaciones realizadas sobre la cuestión por los delegados de prevención ante la jefatura del centro administrativo de que se trate, así como, en su caso, informe del Comité de Seguridad y Salud Laboral correspondiente”.

La impugnación se refiere a que se imponen demasiadas cargas u obligaciones a los representantes de personal que no están previstas en la Ley y que pueden condicionar o restringir su actuación.

El Tribunal Supremo estima que procede rechazar esa petición ya que:

“si la Ley autoriza a la Administración el desarrollo del procedimiento, es claro que ha de proceder a tal regulación y no limitarse a repetir lo dispuesto en la norma, pues en ella no está previsto el procedimiento y sí las bases del mismo, y por otro lado, las exigencias de que los representantes del personal acompañen relación de las actuaciones practicadas sobre la cuestión y, en su caso, el informe del Comité de Seguridad, además de ser exigencias adecuadas y proporcionadas a la naturaleza y especialidad del procedimiento, aparecen no como cargas y sí como garantías razonables de la procedencia de las medidas (...)”

Esas actuaciones de los representantes del personal, en definitiva,

“no puede entenderse que afecten a la seguridad o generen peligro alguno, pues además de la simplicidad de lo exigido, siempre estará la propia iniciativa de la Inspección, que puede estimularse e incluso la orden superior, que son los medios de actuación que la norma conjuntamente prevé y dispone”.

C) Actuación en caso de riesgo grave e inminente

Finalmente, se impugna el art. 6.1° del mismo Reglamento que dispone que “en los casos en que el Inspector de Trabajo y Seguridad Social comprobare la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad y salud del personal del centro de la Administración General del Estado inspeccionado ordenará la paralización de la actividad del centro, dependencia o lugar de trabajo afectado, que será inmediatamente ejecutiva y elevará informe urgente sobre las circunstancias determinantes del riesgo al Delegado del Gobierno o, en su caso, a la Autoridad Central de la Inspección”.

Se alega por la parte recurrente que en el trámite de paralización la administración se sitúa como juez y parte, sin que ello además esté previsto en la norma que se trata de desarrollar.

El Alto Tribunal rechaza esa alegación, no sólo porque se está ante medidas cautelares, sino porque en materia de paralización no hay que olvidar que:

“se sitúa a la Administración en similar posición que al empresario individual, pues éste, conforme al art. 44 LPRL puede acordar la paralización y no hay por tanto privilegio ni actuación preponderante de la Administración (...)”

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

J. DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA,
A. PANIZO GARCÍA, I. SILVA URIEN y
P. ARELLANO PARDO

Comentarios prácticos a la Nueva Ley General de Subvenciones

[Lex Nova, Valladolid, mayo 2004, 620 páginas]

LEX NOVA

La monografía que nos ocupa constituye el primer tratamiento sobre la reciente Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Es, pues, una novedad de extraordinaria importancia tanto en el ámbito de los derechos administrativo y financiero, como en el de la Hacienda Pública.

La gestión, control y seguimiento que proporciona la Ley y el análisis que realiza de ella la presente publicación se convierten en esenciales de cara a conseguir asignaciones eficaces y eficientes desde esta modalidad de gasto y hacer compatible la creciente importancia de las políticas de subvenciones con la orientación de la política presupuestaria.

Los autores —funcionarios de los Cuerpos de Abogados del Estado y Superior de Interventores y Auditores del Estado destinados en el Ministerio de Hacienda, participantes activos, todos ellos, en los trabajos previos a la elaboración del Anteproyecto de la Ley— tratan con la obra de dar cobertura al gran déficit normativo adolecido por la materia y no correspondido con su destacada relevancia. La necesidad de dotar a este ámbito de actividad administrativa de un régimen jurídico propio y específico que supere las insuficiencias del anterior, motivaron la elaboración y aprobación de esta disposición.

Tras el Título Preliminar, de disposiciones generales, los cuatro Títulos de la norma dedican su contenido a los distintos procedimientos de concesión y gestión de las subvenciones —concesión ordinaria, concesión en concurrencia competitiva, concesión directa, gestión y justificación de la subvención pública y gestión presupuestaria—, al reintegro de las subvenciones y cauce a seguir para ello, al control financiero de las mismas y a las infracciones y sanciones administrativas en la materia.

El libro, va desarrollando su análisis de manera ordenada tal y como viene estructurada la propia Ley. Así, primero, realiza una introducción general del particular contenido de cada título, para luego artículo por artículo y, posteriormente, disposición por disposición (ya sea adicional, transitoria, derogatoria o final), estudiar cada aspecto relevante del apartado en cuestión; precedentes, normativa autonómica al respecto, ámbito de aplicación, Dictamen del Consejo de Estado —si contiene observaciones específicas de la disposición— y examen de su redacción.

Un útil apartado final bibliográfico sirve de cierre a la obra, de la que hay que destacar, también, el CD-Rom que la acompaña con el texto íntegro de la Ley, la normativa autonómica afectada y el Dictamen del Consejo de Estado.

En definitiva, estamos en presencia de un complemento fundamental para la comprensión e interpretación de la norma que, sin perjuicio de las exposiciones doctrinales, constituye una óptima herramienta dirigida tanto al operador jurídico u órganos destinados a la aplicación de la misma, como a sus potenciales usuarios, ya sean funcionarios, profesionales del derecho, gestores, beneficiarios o entidades colaboradoras.

J. CASSINI GÓMEZ

Cómo implantar e integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa

[Lex Nova, Valladolid, marzo 2004, 402 páginas]

LEX NOVA

En el presente manual, CASSINI GÓMEZ se ocupa de la gran asignatura pendiente en materia de prevención de riesgos laborales: la integración de la actividad preventiva en la empresa. El estudio de la cuestión se hace indispensable, más aun teniendo en cuenta las recientes modificaciones operadas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social –en especial las de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre–.

El autor proporciona una secuencia de fácil seguimiento a la vez que aporta una útil herramienta que se aleja lo más posible de un dificultoso y excesivo empleo de tecnicismos. El objetivo pretendido (sin olvidar que el fin fundamental de la temática consiste en evitar, en la medida de lo posible, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales) no es otro que la progresiva implantación de sistemas de gestión de prevención de riesgos laborales en las empresas.

La publicación se estructura en nueve apartados, los cuales despliegan un conjunto de protocolos o procedimientos que sirven al especialista como punto de arranque para afrontar el análisis de los distintos pasos a seguir en las principales áreas de la materia (formación, medicina en el trabajo, evaluación de riesgos, planificación de la actividad preventiva, etc.)

Tras unos apartados introductorios –cabe destacar la reproducción en uno de ellos de los Criterios Deontológicos de Buenas Prácticas para la actividad de Servicio de Prevención Ajeno, que fueron elaborados para la Asociación de Servicios de Prevención Ajenos, ASPA, cuyo Presidente prologa la obra– la monografía prosigue con una concreta exposición de la documentación que debe hallarse ineludiblemente a disposición de la Autoridad Laboral en toda entidad empresarial, a tenor de lo tipificado en el artículo 23 de la LPRL.

De modo inteligible y para profundizar en las diferentes interrelaciones preventivas que llegan a desarrollarse en el marco laboral, se facilita al lector el *modus operandi* de la implantación progresiva de los medios de prevención en la empresa.

Algunos de los aspectos abordados en el estudio, como son la creación y puesta en marcha del sistema de gestión, nombramientos necesarios, Comité de Seguridad o las múltiples actuaciones a realizar ante los distintos supuestos que puedan llegar a surgir, constituyen el bloque más extenso del libro dedicado a los protocolos de funcionamiento y al pertinente control y revisión del propio sistema.

Una selección básica de textos normativos sirve de cierre al manual, que, a su vez, viene acompañado de un CD-ROM en el que se reproducen las disposiciones legislativas más importantes en Prevención de Riesgos Laborales.

En conclusión, la gran claridad y rigor expositivo y la necesaria dedicación que demanda la propia realidad cotidiana, hacen de la obra una imprescindible referencia de cara a su utilización por organismos, empresas y profesionales, ya que la misma se erige en punto de partida del tratamiento de la cuestión.

J. GUERRERO ZAPLANA

El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas

[Lex Nova, Valladolid, abril 2004, 272 páginas]

LEX NOVA

La presente publicación es resultado de la creciente necesidad de análisis del derecho a la información clínica dadas las, cada vez más, abundantes reclamaciones sanitarias. El estudio se concentra en los aspectos centrales de la cuestión, es decir, el consentimiento informado y el derecho de información de los pacientes.

El examen de tal área asistencial se hace indispensable al proyectar sus efectos sobre derechos fundamentales como, por ejemplo, el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, a la integridad física y moral, a la libertad ideológica y religiosa o a la intimidad. Toda intervención, quirúrgica o no, debe sustentarse en el absoluto respeto a la autonomía de la voluntad del paciente, piedra angular de la materia, ya sea desde el punto de vista de la información (derecho inherente del mismo), como desde el necesario consentimiento de la actuación –aspectos consecutivos cuya infracción implica responsabilidad del personal facultativo–.

A lo largo de cuatro capítulos, el autor pretende establecer las pautas para evitar en lo posible una lesión de las facultades de los pacientes y usuarios de la sanidad y, a su vez, servir como instrumento de armonización de los distintos sistemas nacionales de salud.

El primer capítulo centra su exposición en las relaciones que deben darse entre el profesional médico y los propios pacientes (en el sentido de asentarlas en el diálogo y no en

la confrontación) y en la denominada medicina defensiva. De su contenido se desprende que la exigencia del consentimiento informado constituye el elemento configurador de la *lex artis*, erigiéndose así en el pilar central de la futura estimación o desestimación de las reclamaciones relativas a la asistencia sanitaria. Asimismo, GUERRERO ZAPLANA realiza un pormenorizado repaso de la evolución legal y antecedentes normativos de la Ley Básica 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, desde las primeras regulaciones, pasando por la Ley de Consumidores y Usuarios hasta las más recientes incorporaciones legislativas.

En los dos siguientes apartados se desglosan los aspectos más relevantes del consentimiento informado (contenido, sujetos obligados y receptores, exigencias, excepciones, etc.) por un lado, en la Ley 41/2002 –la disposición de mayor relevancia desde la Ley General de Sanidad– y, por otro, en las diferentes regulaciones autonómicas existentes, haciendo especial mención a la posible colisión entre ellas.

El último capítulo dedica su contenido a los criterios interpretativos que la jurisprudencia realiza sobre los particulares problemas a solventar, los efectos de la ausencia de comunicación –independientemente de que haya un resultado lesivo o que el comportamiento médico sea correcto– y la fijación del importe indemnizatorio por la omisión de tal obligación.

Un bloque de bibliografía citada, otro de formularios y dos anexos, normativo y jurisprudencial, así como un CD-Rom que acompaña a la obra, hacen de la misma una acabada herramienta en la que no se dejan vacíos de cara a una inicial introducción en los planteamientos del deber en cuestión.

El especialista o interesado se encuentra, pues, ante una práctica publicación de consulta ineludible, ya que aborda una problemática carente de estudio y regulación hasta la fecha, a pesar de la importancia adquirida dentro del Derecho Sanitario moderno.

J. F. MARTÍNEZ SEPTIEN

Lajubilación. Régimen jurídico y procedimiento para su cálculo

[Lex Nova, Valladolid, abril 2004, 384 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza la cuarta edición, adapta el contenido de las anteriores a las últimas modificaciones normativas referentes al cálculo de las pensiones de jubilación tanto en el Régimen General como en los distintos Regímenes Especiales que componen el Sistema de la Seguridad Social.

El autor, funcionario de la Administración de la Seguridad Social y profesor en la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de Valladolid, recoge las diferentes tradiciones expositivas en la materia facilitando su comprensión con una serie de ejemplos y ejercicios prácticos de los supuestos susceptibles de originarse en la obtención del importe prestacional o en la determinación de la fecha de comienzo de los efectos económicos de la pensión.

El libro estructura su contenido a lo largo de doce capítulos, cada uno proyectado sobre un punto concreto de la temática. Tras un primer acercamiento a los aspectos más generales—exención de tasas fiscales, incompatibilidades existentes con otras prestaciones o con la actividad laboral, etc.— se abordan las cuestiones de fondo del régimen jurídico en cuestión, es decir, requisitos generales de acceso, hecho causante (con especial atención a las situaciones de alta, asimilada al alta y de no alta), edad, período previo de cotización, base reguladora y porcentajes aplicables en función de los años cotizados.

A continuación la obra recoge el concreto y pormenorizado examen que MARTÍNEZ SEPTIEN realiza tanto de las distintas jubilaciones de carácter especial—en función de

la situación de alta y dependiendo de circunstancias concretas de edad, pluriactividad o parcialidad en la jubilación— como de las relativas a los trabajadores encuadrados en los diferentes Regímenes, aparte del General, de la Seguridad Social (agrarios, por cuenta propia o autónomos, del mar y empleados de hogar).

Asimismo son de destacar el bloque que analiza la figura del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), el dedicado al procedimiento y actuaciones de necesaria realización (alegaciones, presentación, plazos, resolución, reclamaciones y revisiones), que incluye formularios y modelos de solicitud, y, por último, el capítulo en el que se exponen las consecuencias y efectos derivados del desempeño de trabajos por parte del beneficiario.

Dos apéndices, legislativo y jurisprudencial, recopilatorios de la normativa y de la más reciente doctrina judicial sirven como cierre a la monografía, sin olvidar que la misma se ve acompañada de un CD-Rom que permite calcular la jubilación de los trabajadores adscritos al Régimen General de la Seguridad Social y asimilados, por toda la vida laboral.

En definitiva, el hecho de que nos encontremos ante una cuarta edición pone de relieve la óptima aceptación disfrutada por la obra, constituyendo, por tanto, un práctico instrumento para el estudio de la pensión de jubilación ya que proporciona al profesional del Derecho una eficiente herramienta de cara a la resolución de los problemas surgidos en la obtención de su cuantía.

VVAA

Las incapacidades laborales. Un punto de vista práctico

[Lex Nova, Valladolid, marzo 2004, 744 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía, que ya alcanza su tercera edición, es resultado de un pormenorizado y unitario análisis de una realidad tan cotidiana y trascendente en el universo laboral como son las incapacidades

laborales. En esta publicación, que conserva idéntica estructura respecto a las anteriores, se procede a su adaptación y puesta al día general, actualizando jurisprudencia y doctrina judicial posterior al cierre de la segunda edición.

Los autores, todos ellos profesores de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valladolid, con reconocida experiencia docente e investigadora, abordan con practicidad y sencillez la temática en cuestión, no sólo respecto a las trabas emanadas del sistema prestacional de la Seguridad Social sino también desde el punto de vista de la repercusión que las consecuencias de los diversos tipos de incapacidad laboral puedan ocasionar sobre el contrato de trabajo.

El libro se estructura en cuatro bloques bien diferenciados. El primero de ellos –elaborado por LÓPEZ FERNÁNDEZ y DUEÑAS HERRERO y dividido en dos capítulos– es el relativo a la incapacidad temporal (contingencia, prestación, dinámica y gestión de la propia incapacidad temporal).

La segunda parte –PIÑEYROA DE LA FUENTE y SERRANO ARGÜELLO– constituye un minucioso estudio de las incapacidades y lesiones permanentes, siendo su objeto todos y cada uno de los grados en que se manifiestan. Conceptos protegidos, requisitos de acceso y prestaciones previstas, evaluación, calificación, revisión, efectos económicos e incompatibilidades son algunos de los aspectos sobre los que se desarrollan, también en dos capítulos, las exposiciones de dichos autores.

La específica situación de la invalidez no contributiva corre a cargo del coordinador de la obra –José

M.^a BLANCO MARTÍN–. Tal modalidad merece una mención diferenciada dadas sus peculiares características, requisitos de confirmación y procedimiento de concesión, todo ello traducido en un despliegue de especiales incidentes jurídicos.

Por último, y una vez diseccionadas las distintas variantes incapacitadoras, se procede –por PASCUAL ALLÉN– a detallar cuáles son los efectos que éstas producen en el ámbito contractual, es decir, tanto las posibles suspensiones y extinciones de la propia relación laboral, como las obligaciones que se ven conservadas, interrumpidas, aminoradas o, incluso, que puedan llegar a nacer como consecuencia de una situación invalidante, ya sea temporal o permanente.

La monografía se ve acompañada de un apéndice legislativo y jurisprudencial, cuya única finalidad es servir como herramienta al lector frente a una mejor aproximación a la materia. Asimismo, también hay que destacar los útiles formularios recopilados y elaborados por el propio BLANCO MARTÍN –y recogidos en un útil CD-ROM que acompaña al libro– en los que se exponen los supuestos más habituales de reclamaciones judiciales y extrajudiciales referentes a los diferentes aspectos desarrollados en la monografía.

En definitiva, siendo conscientes de los múltiples desajustes sistemáticos y limitaciones técnicas no superadas por el texto legal y ante el hecho de que nos encontremos con una tercera edición, todo lo reseñado pone de relieve la favorable acogida de las dos primeras, y hace de este trabajo una obligada referencia para el profesional y especialista.

N O T A S

N O T A S