

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 DE CANTABRIA. **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 DE CANTABRIA.

© LEX NOVA 2003

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 consecutiva 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] **Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales, cambios legales**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [11] **Un comentario a la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales**

LUIS PÉREZ CAPITÁN

- [39] **La mejora de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia**

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [87] **I. FUENTES DEL DERECHO**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
- [97] **II. TRABAJADOR**
LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
- [125] **III. EMPRESARIO**
JESÚS CRUZ VILLALÓN
- [135] **IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN**
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
- [149] **V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL**
JESÚS R. MERCADER UGUINA
- [165] **VI. DESPIDO Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**
MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA
- [187] **VII. LIBERTAD SINDICAL, REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y CONFLICTOS COLECTIVOS**
JOAQUÍN GARCÍA MURCIA
- [209] **VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**
JAVIER GÁRATE CASTRO
- [219] **IX. SEGURIDAD SOCIAL**
JULIA LÓPEZ LÓPEZ
- [235] **X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA**
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
- [253] **XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**
JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
- [259] **XII. EL PROCESO LABORAL**
LOURDES MARTÍN FLÓREZ
- [277] **XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**
JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[283] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR Y RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. CAMBIOS JURISPRUDENCIALES, CAMBIOS LEGALES

Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales sufridos por los trabajadores extracomunitarios disfrutan de protección, pese a que ellos carezcan del correspondiente permiso de trabajo. Tal solución es fruto de una larga tradición en el Derecho internacional y en las legislaciones internas, tradición que tiene en el ámbito internacional su más sólida base en el Convenio 19 de la OIT, que impone la igualdad de trato en materia de accidente de trabajo “sin ninguna condición de residencia”, y en nuestro derecho interno en el artículo 1.4.b) de la Orden Ministerial de 28 de diciembre de 1966, en la que se reconoce, en todo caso, la reciprocidad respecto de las contingencias profesionales, norma que puede considerarse aún vigente.

El Convenio n.º 19 y la Recomendación n.º 25 de la OIT relativos a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo, constituyen las piedras básicas en el ámbito internacional. La peculiaridad de este Convenio, en cuanto a su ámbito personal de aplicación, radica en que solamente existirá la obligación de aplicar el mismo trato que a sus propios nacionales a los nacionales de cualquier otro Estado miembro que lo haya ratificado, y que fueran víctimas de accidentes de trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, sin ninguna condición de residencia, previendo la celebración de acuerdos especiales bilaterales para los pagos que un miembro o sus nacionales tengan que hacer fuera de su propio territorio, acuerdos en los que podrá contemplarse el supuesto de las indemnizaciones por accidentes de trabajo ocurridos a trabajadores empleados de manera temporal o intermitente en el territorio de un Estado miembro, por cuenta de una empresa situada en el territorio de otro Estado miembro, a fin de fijar que la legislación aplicable sea la de este último.

Por su parte, el artículo 1.4.b) de la Orden del 28 de diciembre de 1966 establece que “la reciprocidad se entenderá reconocida, en todo caso, respecto a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional”, con lo cual la protección ante este tipo de riesgos alcanza a todos los extranjeros, sin distinción ni condicionamiento alguno. Ésta es una flexible aplicación de la ratificación del Convenio n.º 19 de la OIT sobre igualdad de trato a nacionales y extranjeros en accidentes de trabajo, el cual, sin embargo, “condicionaba la igualdad de trato a la reciprocidad convencional (artículo 1.1)”.

Es necesario recordar que este régimen de especial protección hacia las contingencias profesionales encuentra un referente importante en el artículo 57.5.d) LOEx, a tenor del cual no cabe la expulsión del territorio español de los beneficiarios de la prestación de incapacidad permanente para el trabajo causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España excepto si incurrían en determinadas infracciones o son reincidentes. En suma, se consagra un trato más favorable para tales sujetos a fin de que, pese a haber cometido ciertas infracciones y salvo situaciones excepcionales, puedan permanecer en España disfrutando de tales prestaciones.

Si bien existen, como tendremos oportunidad de analizar seguidamente, diversos pronunciamientos que respaldan la idea básica contenida en las anteriores disposiciones, lo cierto es que nuestros Tribunales no han matenido una postura unánime en punto a la proyección del sistema de responsabilidad prestacional del empresario cuando el trabajador que sufre el accidente de trabajo se encuentra en situación irregular en nuestro país. El problema que se suscita en relación con este colectivo es el temor de los mismos a plantear reclamaciones judiciales, por miedo a emerger de la situación irregular en la que se encuentran, “por lo que el reconocimiento de sus eventuales derechos se ve esfumado” y sin posibles apoyos legales.

La doctrina de duplicación ha venido manteniendo una postura abierta y flexible en relación con la situación de *incapacidad temporal* derivada de accidente de trabajo. La STSJ Cataluña 26 de abril de 1995 mantuvo la exigencia de responsabilidad empresarial desde el inteligente argumento de considerar sometido el contrato a condición resolutoria, “pues sólo la denegación del permiso determinaría la nulidad de contrato”. Las peculiaridades del supuesto tratado, a saber, la existencia de un proceso de regularización en marcha y la existencia de una disposición administrativa que posibilitaba la solicitud de afiliación y el alta, favorecieron la conclusión favorable en este caso. En el caso resuelto por la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 1995 (Ar. 2202), se utiliza el argumento que resulta del hecho de que, de no admitirse tales conclusiones, se estaría promocionando el recurso a la ocupación de extranjeros en situación irregular y el correspondiente fraude en el empleo, solución que representa un claro perjuicio tanto para “la política de empleo”, como para “la financiación de la Seguridad Social”. Finalmente, la STSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999 resuelve el recurso de duplicación interpuesto por el demandante de nacionalidad marroquí que había sufrido un accidente de trabajo cuando se encontraba realizando la prestación laboral sin permiso de trabajo ni de residencia, sin contrato de trabajo y sin que la empresa para la que trabajaba lo hubiera dado de alta en el régimen de Seguridad Social. El citado Tribunal impone a la empresa el pago del subsidio por incapacidad temporal derivada de accidente laboral, al no existir afiliación del trabajador. En la misma línea se sitúan las más recientes, SSTSJ de Castilla y León/Burgos de 30 de octubre de 2001, y TSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2002.

No es la línea anterior constante en el caso de la *incapacidad permanente*. Es posible hallar numerosos pronunciamientos que niegan la protección basándose en que el contrato de trabajo, sin los preceptivos permisos, debe reputarse nulo, de tal forma que la ineficacia

no puede proyectar efecto alguno en el Sistema de Seguridad Social, como ponen de manifiesto las SSTSJ de Cataluña de 14 de julio de 1995; TSJ de Aragón de 14 de septiembre de 1995; TSJ de Aragón de 1 de abril de 1998, y TSJ de Andalucía/Sevilla, de 15 de enero de 1998. Un buen ejemplo de esta línea interpretativa es este último pronunciamiento. En él un ciudadano de la República Árabe de Egipto entró en España con una autorización de tránsito que le permitía estar durante cuatro días en nuestro país, pese a lo cual prestó servicios en una empresa dieciséis meses después, sufriendo tres meses más tarde un grave accidente laboral, a cuyas resultas perdió el 40 por ciento de la funcionalidad de la mano izquierda, “con limitación para tareas que requieran el uso de las dos manos”, como era el caso de la profesión que desarrollaba. Ocho meses después pidió permiso de residencia ordinaria y exención de visado que le fueron concedidos por un año, y un mes más tarde solicitó la invalidez permanente, pretensión que instó posteriormente en vía judicial junto con el recargo de prestaciones. La STSJ de Andalucía/Sevilla, de 15 de enero de 1998 entiende necesario acudir para resolver la controversia a las normas que delimitan el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad Social y, dado que el artículo 7 LGSS se refiere expresamente a “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España”, cabe concluir que el accidentado, al no estar encuadrado dentro del campo de aplicación o ámbito subjetivo de la Seguridad Social, no podía ser beneficiario de las prestaciones que otorga el sistema”, afirmación a la que también se llega considerando que “en el momento del hecho causante, carecía de capacidad legal para trabajar en España y, por consiguiente, no se podía declarar la incapacidad de éste para el trabajo mediante una situación de Invalidez Permanente”.

En sentido contrario, existe una importante línea doctrinal en la que cabe situar las SSTSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999; TSJ de Andalucía/Granada, de 7 de enero de 1998; TSJ de Cataluña de 25 de abril de 1997; TSJ de Andalucía/Málaga, de 23 de febrero de 1996, e, indirectamente, STSJ de Cataluña de 2 de septiembre de 1993, que vienen señalando “que todo extranjero, aun sin residencia legal en España, queda protegido frente a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales”. Tal conclusión se funda en diversos argumentos, entre los que se encuentra el Convenio n.º 19 de la OIT, el artículo 4.1.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 y la Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968, como los más férreos y consolidados. Así, la STSJ de Madrid de 16 de abril de 1998 consideró que “la protección de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales comprende al extranjero sin condicionamiento alguno, en virtud de lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Trabajo de 28 de diciembre de 1966, y Resolución de la Dirección General de Previsión de 15 de abril de 1968 (...), pues, respecto a extranjeros, la reciprocidad se entenderá reconocida en todo caso, en relación a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesional (...), es responsable la empresa del pago de las prestaciones por falta de alta en la Seguridad Social”.

No obstante, a pesar de esta tendencia judicial a establecer la protección de los trabajadores migrantes cuando se trata de un accidente de trabajo y el trabajador no tenga los permisos correspondientes, se observan sentencias que no admiten la protección ni siquiera en estos casos. Estas últimas tesis han encontrado apoyo doctrinal. A juicio de las mismas no sería dable exigir al empresario que contrata con un inmigrante en situación

irregular ningún tipo de responsabilidad en orden al pago de supuestas prestaciones devengadas en el sistema de Seguridad Social —sin perjuicio de la infracción administrativa—, y ello en base a las siguientes razones. En primer lugar, y desde un punto de vista eminentemente práctico, porque un procedimiento de este tipo supondría la expulsión del extranjero por cuanto conllevaría el conocimiento por parte de la autoridad competente de la irregular situación del individuo en cuestión. En segundo lugar, porque, ciertamente, la persona que desarrolla una conducta al margen de la ley —y que duda cabe que el inmigrante irregular lo hace en cuanto que realiza una actividad para la cual no está autorizado—, no puede luego intentar ampararse en aquellos aspectos de la ley que le favorecen en orden a la obtención de un beneficio. Y, en fin, porque el artículo 126.2 LGSS prevé este tipo de responsabilidad del empresario para aquellos supuestos en que éste haya incumplido la obligación que le incumbe de afiliación, alta y cotización respecto de los trabajadores a su servicio. En el caso que ahora analizamos, el empresario no ha podido incumplir obligación alguna porque por ley está imposibilitado para afiliarse, dar de alta a un extranjero y cotizar por él cuando el mismo carezca de permiso de trabajo.

De negarse la anterior vía, se abriría la que posibilita el artículo 1902 del CC, al exigir una responsabilidad de tipo extracontractual que podía ser cifrada económicamente en el importe de la supuesta prestación dejada de percibir. Tal solución, derivada de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales restrictivas habidas hasta el momento parece, como justamente se ha señalado, que quisiera volver a finales del siglo XIX para reclamar los daños y perjuicios causados por el accidente en virtud de la culpa civil y, por supuesto, en el mismo orden jurisdiccional que en aquellas épocas. Más propio sería, sin duda, el establecimiento de un régimen sancionador que evitase estas situaciones de enriquecimiento o un sistema de responsabilidad indemnizatoria. Para que ello fuese posible la nulidad contractual tendría que haber producido daños al empresario o al trabajador, pero daños superiores a la mera pérdida retributiva del artículo 9.2 del ET, como podría resultar, en este caso, los daños derivados del accidente de trabajo.

Resulta, por todo ello, especialmente interesante la STS Sala Cuarta de 9 de junio de 2003, que consolida un cuerpo de doctrina netamente tutelador de los intereses de los inmigrantes irregulares en esta materia. En esta sentencia el Tribunal Supremo se pronuncia acerca del derecho de un trabajador ecuatoriano sin permiso de trabajo ni de residencia a percibir asistencia sanitaria y prestaciones económicas tras sufrir un accidente de trabajo. Para la resolución de la controversia, el Alto Tribunal examina si es aplicable al supuesto enjuiciado la doctrina general sobre las responsabilidades derivadas de accidente de trabajo sufrido por un trabajador que no se halla en situación de alta. De acuerdo con dicha doctrina, partiendo del principio de automaticidad de las prestaciones recogido en el artículo 125.3 de la LGSS, debería declararse la responsabilidad directa de la empresa con obligación de adelanto de las prestaciones por la Mutua Patronal y con las correspondientes responsabilidades subsidiarias del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Tesorería General de la Seguridad Social. El Tribunal Supremo analiza el contenido de los artículos 33.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y

Libertades de los extranjeros en España y su integración social, vigente en el momento en que se produjo el accidente, y 106.1 de la LGSS, para concluir que el contrato de trabajo de extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Al ser ello así, el trabajador no puede verse privado de una protección que, en el sistema de relaciones laborales español, es inherente al contrato de trabajo. Esta conclusión se corrobora con el mandato del artículo 57 de la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, según la redacción dada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, que pone de manifiesto la posibilidad legal de que el extranjero, no debidamente documentado, haya recibido la protección legal en supuesto de accidente de trabajo. Según el Tribunal, a la misma conclusión conduce el artículo 1.4.b) de la Orden de 28 de diciembre de 1966 y el artículo 2 del Convenio Adicional al de Seguridad Social Hispano Ecuatoriano de 1 de abril de 1960. Todo lo anterior lleva al Tribunal a reconocer el derecho a las prestaciones por accidente de trabajo a los extranjeros que trabajan en España sin las correspondientes autorizaciones.

La referida línea interpretativa parece haberse consolidado legalmente tras la reciente aprobación de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que dota de nueva redacción al artículo 36.3 señalando, a los efectos que aquí interesan, que “la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

Un comentario a la Ley de Reforma del Marco Normativo de la Prevención de Riesgos Laborales

LUIS PÉREZ CAPITÁN

Inspector de Trabajo y
Seguridad Social
Profesor Asociado de la
Universidad Pública de Navarra
Doctor en Derecho

Sumario:

1. Objetivos y razones de la modificación. 2. Medidas tendentes a mejorar la importancia de la integración de la Prevención de Riesgos laborales en la empresa. A) El Plan de Prevención de Riesgos Laborales y la nueva regulación de la evaluación de riesgos y la planificación preventiva en la empresa. B) El “recurso preventivo” una nueva figura jurídica en el orden preventivo. a) Circunstancias en que son necesarios los recursos preventivos. b) Tipología de los recursos preventivos. c) La articulación de los recursos preventivos. **3. Las remisiones reglamentarias y los cambios en el ámbito de la coordinación preventiva. 4. La nueva normativa sobre infracciones y sanciones en el orden de Prevención de Riesgos Laborales.** A) La ausencia de modificaciones en materia de sujetos responsables. B) Las modificaciones en normativa sancionadora en el ámbito de la gestión preventiva. a) Las modificaciones operadas en las infracciones existentes y las nuevas infracciones graves. b) Las modificaciones operadas en el listado de las infracciones muy graves. c) Infracciones de las empresas usuarias. d) Nuevas normas de procedimiento ante la posibilidad del principio “ne bis in idem”. **5. La nueva organización de las actividades de control y comprobación inspectora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo.**

1. OBJETIVOS Y RAZONES DE LA MODIFICACIÓN

La propia denominación de la Ley que aquí se analiza, Ley 54/2003, de 12 de diciembre (B.O.E. del 13), de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, es una muestra de lo ambicioso del texto. Esa ambición se confirma con la lectura del Preámbulo¹ o Exposición de Motivos de la Ley. Su meta última es ni más ni menos que subsanar “la existencia de ciertos problemas” que dificultan la aplicación del marco normativo actual en materia de Prevención de Riesgos Laborales, problemas que se manifiestan a través de la “subsistencia de índices de siniestralidad laboral indeseados que reclaman actuaciones tan profundas como ágiles.” En esta dirección, se afirma que los objetivos de la norma son tan sencillos de conseguir como los siguientes:

- “(...) combatir de manera activa la siniestralidad laboral”.
- “(...) fomentar una auténtica cultura de la prevención de los riesgos en el trabajo, que asegure el cumplimiento efectivo y real de las obligaciones preventivas y proscriba el cumplimiento meramente formal o documental de tales obligaciones”.
- “(...) reforzar la necesidad de integrar la prevención de los riesgos laborales en los sistemas de gestión de la empresa”.
- “(...), mejorar el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, mediante la adecuación de la norma sancionadora a la norma substantiva y el reforzamiento de la función de vigilancia y control en el marco de las comisiones territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”.

Y, si ésas son las metas y los objetivos, es porque el legislador, disconforme con la realidad advertida, considera que se aprecia “una deficiente incorporación del modelo de prevención y una falta de integración de la prevención en la empresa, que se evidencia en muchas ocasiones en el cumplimiento más formal que eficiente de la normativa. Se pone al mismo tiempo de manifiesto una falta de adecuación de la normativa de prevención de riesgos laborales a las nuevas formas de organización del trabajo, en especial en las diversas formas de subcontratación y en el sector de la construcción”². La modificación intenta imponer una línea antiformalista que evite los cumplimientos puramente formales y no substantivos de la norma.

(1) Se denominó Preámbulo con la aprobación del Proyecto de Ley por el Pleno del Congreso de los Diputados el 16 de octubre de 2003. La Ley 54/2003, de 12 de diciembre, publicada en el BOE del día 13, lo denomina definitivamente, Exposición de Motivos.

(2) A juicio del que escribe este texto, no existen nuevas formas de contratación o de subcontratación que aborde con esta ley el legislador. De hecho, ya en el momento de redacción de la Ley de Prevención en 1995, así como en la del RD 1627/1997, de 24 de octubre, la situación era muy similar a la actual como también el grado de convencimiento de los expertos de que la proliferación de la subcontratación, especialmente en el mundo de la Construcción, era una de las causas no sólo de la siniestralidad laboral, sino también de la dificultad de imponer un sistema adecuado de gestión preventiva.

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

La Ley bebe, como se confiesa en el preámbulo, de las propuestas de la Mesa de Diálogo Social en materia de Prevención de Riesgos Laborales, aprobadas por la Comisión Nacional de Seguridad y Salud³; si bien, supone tan sólo un desarrollo parcial de éstas, en cuanto que la aplicación total de las mismas lleva consigo la implantación de un conjunto de medidas que implicarían la modificación de normas de diverso rango –v.g.: el Reglamento de los Servicios de Prevención en materia de auditoría de prevención– y órbita jurídica –v.g.: normas de Seguridad Social en cuanto la implantación del sistema de *bonus-malus*–.

Una vez puestos de manifiesto las metas y objetivos de la norma, así como los problemas que a juicio del legislador constituyen el núcleo de la “cuestión preventiva” resulta imposible reprimir un primer juicio general de la Ley. Y es que sorprende la escasez de instrumentos con los que se dota la norma para conseguir los objetivos que pretende. En realidad, y, sin perjuicio, de efectuar un balance positivo de ciertas facetas de su regulación, la reforma que impone el proyecto difícilmente supondrá por sí sola un verdadero freno a la situación actual de siniestralidad laboral. El ataque a la situación que vivimos en este campo sólo puede efectuarse a través de un conjunto sistemático de medidas, muchas de las cuales no tienen por qué ser de rango legal, sino puramente reglamentario. Medidas que abarquen, como reseñaba el denominado “Informe Durán” o las Propuestas de la Mesa de Diálogo Social a las que se remite como fuente de origen el proyecto, un espectro importante de materias: Seguridad Social, Laboral, etc. Por ello, debemos esperar que esta Ley sea únicamente el comienzo de un conjunto coordinado de medidas con el objetivo antes señalado.

En este sentido, y en el mismo momento de su presentación para su aprobación como proyecto, la Ley ha supuesto la pérdida de una oportunidad importante para abordar cuestiones importantes en el marco de la gestión preventiva, cuestiones que, empero, podrían ser solventadas, mediante un mero desarrollo reglamentario y cuya eficacia tal vez sería idéntica a las que se derivan de la norma: La extensión de la obligación de efectuar Auditorías de prevención de riesgos laborales a

**LA REFORMA QUE IMPONE
LA LEY, POR SÍ SOLA,
DIFÍCILMENTE SUPONDRÁ
UN VERDADERO FRENO A
LA SITUACIÓN ACTUAL DE
SINIESTRALIDAD LABORAL**

(3) Puede consultarse el texto completo de estas propuestas en la revista *Prevención, Trabajo y Salud*, núm. 23, 2003, págs. 29 a 36. Es sorprendente el olvido, cualquiera que fuera el juicio que debe merecer en cada uno de sus diferentes aspectos del conocido como “Informe Durán”, tal vez el esfuerzo más importante en los últimos años de sistematizar la problemática que rodea el mundo de la Prevención de Riesgos Laborales y las causas de la siniestralidad laboral. Este Informe que consta de dos volúmenes –“Informe sobre riesgos laborales y su prevención” y “La Seguridad y la Salud en el trabajo en España”– en el cual participaron una quincena de expertos principales más una serie de aportaciones puntuales de especialistas de la máxima categoría fue presentado el 13 de marzo de 2001.

todo tipo de empresas sea cual fuere el modelo de Servicio de Prevención elegido y, por ende, extender la obligación de las auditorías a aquellas empresas que hubieren optado por la contratación de una Entidad externa⁴; la mejora de la calidad formativa de los técnicos de prevención, dando término a la proliferación de cursos a distancia o de otra índole de dudosa calidad⁵; la uniformización de los criterios de autorización de Servicios de Prevención y Auditoría, asumiendo la Administración Estatal sus naturales competencias en el ámbito supraautonómico; la concreción de los criterios de integración del Servicio de Prevención en cuanto al número, dedicación y nivel de formación de sus integrantes, obviando una delegación a la negociación colectiva que como mínimo ha de refutarse como fallida; el establecimiento de un sistema de certificación de la adecuación de los equipos de trabajo al RD 1215/1997, de 18 de julio, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en la utilización por los trabajadores de equipos de trabajo. En fin, un largo etcétera que se debe a las importantes lagunas que precisamente en materia de gestión preventiva deja la norma más importante: el Reglamento de los Servicios de Prevención, aprobado por RD 39/1997, de 17 de enero.

Igualmente, desde otra perspectiva y como se resaltara *infra* la Ley supone una oportunidad fallida de modificación de cuestiones destacadas por la doctrina como puntos pendientes de resolver en la normativa vigente: v.g.: la ampliación de los sujetos responsables en el orden administrativo represivo, el mecanismo de responsabilidad de la empresa principal y la cuantía de las sanciones a empresas de trabajo temporal y usuarias por incumplimientos en el orden preventivo.

Después de esta primera inmersión en las razones de la norma, siguiendo su propio sistema clasificatorio pasemos a exponer críticamente sus contenidos.

2. MEDIDAS TENDENTES A MEJORAR LA IMPORTANCIA DE LA INTEGRACIÓN DE LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA EMPRESA

El Capítulo I de la Ley contiene las modificaciones que se introducen en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. El objetivo del legislador se cifra en asegurar la integración de la Prevención de la empresa, obviando el cumplimiento meramente formal de la norma. La elusión del cumplimiento formal de la norma es casi una obsesión del legislador que se trasluce no sólo en este Capítulo sino también en el dedicado a las medidas sancionadoras, como se advertirá más tarde. El legislador parte de la contemplación de la realidad, y ésta, para cualquier observador atento del mundo de la Seguridad e Higiene en el Trabajo, nos muestra que, en numerosas ocasiones, la amplia parafernalia de documentación que disponía tanto la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995

(4) Es obvio que esta solución supondría subordinar los criterios técnicos de la Entidades ajenas a los de la Auditoría.

(5) No estamos a favor de la “universitarización” de la enseñanza del prevenciónista. La Universidad no tiene por qué ser la única fuente formativa, pero sí a favor de una mejora radical de la exigencia en este aspecto, eliminando los entes productores de títulos sin calidad alguna a través de un cambio en la normativa reglamentaria que contenga una mayor exigencia en este aspecto.

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

como el Reglamento de los Servicios de Prevención de 1997 se han convertido incluso en un impedimento para el desarrollo real de las medidas preventivas. Los documentos que contienen la evaluación de riesgos y la planificación preventiva, ejes del desarrollo de la política preventiva en la empresa en la legislación de los años 1995 y 1997, se han convertido en demasiadas ocasiones en meras colecciones de consejos preventivos acumulados a lo largo de un largo número de páginas que no contienen las referencias necesarias a la situación de hecho de riesgos de los puestos y centros de trabajo, ni tampoco a las medidas preventivas concretas ajustadas a esos riesgos, sirviendo únicamente como simple justificante de la realización de una política preventiva interna inexistente.

La regulación que desarrolla la propuesta normativa supone un cambio importante en diferentes aspectos. Para empezar el propio cambio de rúbrica del artículo 16 que pasa a denominarse de “evaluación de riesgos”⁶ a “Plan de prevención de riesgos, evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva”, en la redacción del artículo 2.2 de la Ley.

Los ejes de la nueva regulación de la Ley son:

- La acentuación de la obligación de la integración de la actividad preventiva en la empresa.
- El “plan de riesgos laborales”.
- La nueva regulación de la evaluación de riesgos y de la planificación preventiva.
- La introducción de una nueva figura: “los recursos preventivos”.

A) El Plan de Prevención de Riesgos Laborales y la nueva regulación de la evaluación de riesgos y la planificación preventiva en la empresa

En cuanto al primer aspecto, la modificación de los artículos 14.2 y 16 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁷ como núcleo de la introducción del nuevo instrumento⁸, se conjugan con el cambio de los artículos 23 y 31, el primero recogiendo la necesaria articulación documental del plan⁹, y el segundo estableciendo la obligación del Servicio de Prevención de auxiliar no sólo al diseño, sino también implantación y aplicación del Plan de Prevención¹⁰.

El Plan de Prevención se concibe como el elemento que debe contener las medidas necesarias que debe adoptar el empresario para desarrollar “la integración de la actividad pre-

(6) Denominación que ya daba lugar a equívocos y que ha causado importantes distorsiones en el campo preventivo, convirtiendo a la evaluación de riesgos en el protagonista de la política preventiva empresarial cuando no era sino un parte o fase necesaria para la adecuada planificación de ésta.

(7) En los números 1 y 2 del artículo 2 de la Ley de reforma, respectivamente.

(8) A mi juicio, la sencilla mención del artículo 2.1 de RD 39/1997, de 17 de enero, al Plan de Prevención por la nula repercusión fáctica y por su escueto contenido no puede considerarse realmente como iniciadora de la obligación reseñada en la reforma legal.

(9) Conforme al artículo 2.3 de la Ley.

(10) Redacción establecida por el artículo 4, números 1 y 2, de la Ley.

ventiva en la empresa”¹¹. Por ello, el Plan preventivo incluye “la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones, las prácticas, los procedimientos, los procesos, y los recursos necesarios para realizar la acción de prevención de riesgos en la empresa que reglamentariamente se establezcan”.

El Plan de Prevención se plantea como el documento maestro de la organización de la prevención en la empresa, en él se diseña todo el entramado preciso para efectuar la política preventiva en la empresa¹². De esta forma, la evaluación de riesgos y la planificación preventiva se configuran como “instrumentos esenciales para la gestión y aplicación del plan de prevención de riesgos”¹³.

¿Qué diferencias se advierten entre la antigua regulación de la evaluación de riesgos y la planificación preventiva y la que supone la redacción del artículo 16.2?

La primera diferencia, y tal vez la más importante, es la posibilidad de que tanto una como otra puedan ser “llevadas a cabo por fases de forma programada”. A mi juicio, esta redacción da pie a la ruptura de la evaluación y, por ende, de la planificación como un conjunto totalizador y da carta de naturaleza a lo que ya se daba en la realidad: la realización de la evaluación de riesgos por materias y fases, dejando para el final aquellos aspectos más complejos u onerosos –habitualmente los higiénicos y ergonómicos o los relacionados con el análisis de la adecuación de la maquinaria o equipos de trabajo–. Es demasiado pronto para saber si este nuevo apunte introducido por la norma será positivo o negativo. No debemos olvidar que puede ser utilizado de forma torticera para dilatar aquellos aspectos evaluativos que como hemos dicho suponen mayor dificultad o ponen de relieve la inadecuada situación de riesgos de la empresa.

La segunda disimilitud con el texto legal de 1995 en materia de evaluación de riesgos es el acercamiento del texto legal propuesto a la configuración reglamentaria de la evaluación. Así, la evaluación inicial se deberá efectuar, teniendo en cuenta, “con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos”¹⁴. Con ello se acomoda la regulación legal a la reglamentaria, puesto que el Reglamento de los Servicios de Prevención centra el proceso evaluativo no en el centro de trabajo o lugar de trabajo sino en el puesto de trabajo¹⁵, respecto del que la regulación de 1995 no contenía referencia alguna.

(11) Artículo 14.2, en la redacción dada por el artículo 2 de la Ley.

(12) Se otorga al empresario un plazo de seis meses a la entrada en vigor de la norma para su realización, Disposición Transitoria Única de la Ley.

(13) Artículo 16.2, en la redacción dada por el artículo 2 de la Ley.

(14) Artículo 16.2.a) en la redacción dada por el artículo 2.2 de la Ley de reforma.

(15) Esta dicotomía entre una evaluación limitada a los puestos de trabajo en la empresa –artículo 4 del Reglamento de los Servicios de Prevención– y la referencia más genérica de la Ley en sus números primero y segundo del artículo 16 había sido puesto de relieve por la doctrina, GONZÁLEZ LABRADA, Manuel, GARCÍA BLASCO, Juan, SEMPER NAVARRO, Antonio, y CARDENAL NARRO, Miguel, *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, Civitas, III edición, 2001, pág. 160.

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

Ello no debe significar, empero, entrar en un proceso de particularización que olvide que el puesto de trabajo está inmerso en una estructura superior física y organizativa que conlleva sus propios peligros derivados de elementos tal vez ajenos al puesto en un sentido estricto –v.g.: condiciones, en un sentido amplio, de la edificación donde se halla el centro de trabajo– pero que igualmente conllevan un riesgo real para el operario que se halla en el mismo. En todo caso, mantener una referencia como la que establecía la normativa de 1995 al lugar de trabajo como objeto de la evaluación no hubiera estado de más.

En materia de planificación de la preventiva, los cambios a nivel legal son más significativos. El apartado b) del artículo 16.2 en la redacción de la reforma contiene una regulación más extensa, sistemática, y al mismo tiempo más concreta que la establecida en la normativa anterior que sólo disponía una insuficiente y brevísima referencia a la planificación preventiva¹⁶:

“b) Si los resultados de la evaluación prevista en el párrafo a) pusieran de manifiesto situaciones de riesgo, el empresario realizará aquellas actividades preventivas necesarias para eliminar o reducir y controlar tales riesgos. Dichas actividades serán objeto de planificación por el empresario, incluyendo para cada actividad preventiva el plazo para llevarla a cabo, la designación de responsables y los recursos humanos y materiales necesarios para su ejecución.”

En realidad, este apartado es una acertada síntesis de los artículos 8 y 9 del Reglamento de los Servicios de Prevención que contienen la normativa reglamentaria en lo relativo a la planificación preventiva, concretando y resaltando con rango legal una obligación no menos importante y necesaria que la evaluación de riesgos. Por lo demás, el penúltimo párrafo del artículo 16.2.b) en la redacción de la Ley de Reforma establece con firmeza la obligación del empresario de:

“(…) asegurarse de la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de la misma”.

Y es que Plan, evaluación y planificación preventiva no tienen utilidad alguna sino se plasma en una modificación real de las

SE CONTIENE UNA REGULACIÓN MÁS EXTENSA, SISTEMÁTICA Y, AL MISMO TIEMPO, MÁS CONCRETA EN MATERIA DE PLANIFICACIÓN PREVENTIVA QUE LA ESTABLECIDA EN LA NORMATIVA ANTERIOR

(16) “La acción preventiva en la empresa se planificará por el empresario a partir de una evaluación inicial de riesgos...”, artículo 16.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995.

condiciones de trabajo de los operarios, en una eliminación o reducción de los riesgos advertidos.

Las modificaciones de los artículos a), b) y c) de apartado 1 del artículo 23 van en dos sentidos: por una parte incluir la necesaria documentación del nuevo instrumento: el Plan de Prevención de riesgos laborales, y, por otro, siguiendo la línea de antiformalismo de la Ley de Reforma, se introducen reiteradamente referencias que ligan la obligación documental a la substantiva para obviar el riesgo del cumplimiento meramente formal de la norma que aleje del significado real de la misma.

Una modificación igualmente obligada era, por ende, la de las obligaciones de los Servicios de Prevención dado que era necesario determinar la obligación de asesorar e informar sobre los nuevos instrumentos. De esta forma, el artículo cuarto de la Ley de Reforma modifica las funciones de los Servicios de Prevención, añadiendo al artículo 31.3 un apartado y modificando otro¹⁷. Desde la misma perspectiva, completar las funciones de una figura jurídica esencial en el ámbito preventivo en orden a la modificación, hay que contemplar la modificación del artículo 39.1.a) por el artículo quinto bajo la rúbrica “Competencias del Comité de Seguridad y Salud”.

B) El “recurso preventivo” una nueva figura jurídica en el orden preventivo

El “recurso preventivo” es una nueva figura que introduce en el mundo de la organización de la Prevención de Riesgos Laborales la Ley de Reforma en su artículo cuarto bajo la rúbrica “Organización de recursos para las actividades preventivas”. Si quisiéramos buscarle un antecedente normativo, el mismo sería el del vigilante de seguridad del artículo 9 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 9 de marzo de 1971. Sin embargo, si bien el origen de su designación, la empresa, es el mismo, la finalidad es distinta, mucho más concreta en este nuevo instrumento.

a) Circunstancias en que son necesarios los recursos preventivos

Bajo el no muy acertado nombre de “recursos preventivos” se estructura en realidad una serie de sujetos dotados de los medios necesarios nombrados por el empresario para “vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas”¹⁸ cuando concurra alguna de estas circunstancias:

- “a) Cuando los riesgos puedan verse agravados o modificados en el desarrollo del proceso o la actividad, por la concurrencia de operaciones diversas que se desarrollan sucesiva

(17) El apartado a) del artículo 31.3 es el siguiente: “a) El diseño, implantación y aplicación de un plan de prevención de riesgos laborales que permita la integración de la prevención en la empresa”. La letra c) del apartado 3 queda redactado de la forma siguiente: “c) La planificación de la actividad preventiva y la determinación de las prioridades en la adopción de las medidas preventivas y la vigilancia de su eficacia”.

(18) Nuevo artículo 32 bis de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en la redacción de la Ley de Reforma.

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

o simultáneamente y que hagan preciso el control de la correcta aplicación de los métodos de trabajo.

b) Cuando se realicen actividades o procesos que reglamentariamente sean considerados como peligrosos o con riesgos especiales.

c) Cuando la necesidad de dicha presencia sea requerida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, si las circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas¹⁹.

Todos y cada uno de los apartados plantean problemas de interpretación, configurándose a excepción del apartado b) como verdaderos, parafraseando la institución jurídica de concepto jurídico indeterminado, apartados jurídicos indeterminados, que sólo a través de la casuística, de la visión del supuesto concreto pueden comprenderse.

El primer supuesto se concreta en situaciones en las que el proceso productivo ordinario es modificado por la conjunción de operaciones –mantenimiento, reparaciones, modificación de instalaciones, etc.– que suponen el agravamiento o modificación de los riesgos conocidos, haciendo necesario el seguimiento de las operaciones productivas con el fin de obviar o reducir el riesgo. A mi juicio, en este primer supuesto, se pueden sumergir directamente las situaciones de aplicación de las reglas de coordinación preventiva. Resulta curioso que la Ley de Reforma no establezca modificación alguna directamente del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, a salvo de la remisión reglamentaria que luego se comentará, y, empero, establezca una norma destinada a establecer reglas de actuación en los supuestos de coincidencia de empresas y, por ende, reglas de coordinación preventiva.

El segundo supuesto nos introduce ante una norma en blanco, una remisión reglamentaria. Cuando se den las actividades que reglamentariamente se consideran como peligrosas o con riesgos especiales se hace obligada la presencia de los recursos preventivos. Claramente será necesaria esa presencia en los supuestos en los que se efectúa específicamente tal declaración²⁰. Más complejo resulta dirimir la exigencia de esta presencia cuando no se efectúa una declaración específica de esta peligrosidad y, sin embargo, la norma ha previsto una serie de medidas especiales ante tales actividades²¹. Tal vez sería necesario evitar la insoslayable dispersión y complejidad que supone esta remisión a través del desarrollo reglamentario en el que se determinen y precisen los procesos y actividades en los

(19) Artículo 32 bis, bajo la rúbrica “Presencia de los recursos preventivos”, en su número 1, en la redacción dada por el artículo Cuarto.3 de la Ley de Reforma.

(20) Entre otras, y sólo a título de ejemplo, las contenidas en el Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, en todo lo que este Decreto no esté derogado; las contenidas en el Anexo I, en relación con el artículo 2, del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (BOE de 24 de mayo).

(21) El ejemplo paradigmático es el del Anexo I del Reglamento de los Servicios de Prevención, sin perjuicio, de que alguna de las actividades en él contenidas por mor de otra declaración reglamentaria sí que claramente exijan la presencia de los recursos preventivos.

que se hace necesario la presencia de los recursos preventivos por la concurrencia de tales circunstancias de peligrosidad o de riesgos especiales.

El tercero de los supuestos supone añadir una nueva facultad al ya importante elenco de las mismas en el ámbito de la Prevención de Riesgos Laborales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. El Inspector actuante, si las “circunstancias del caso así lo exigieran debido a las condiciones de trabajo detectadas”, requerirá la presencia de los recursos preventivos. La ambigüedad de la norma no puede ser mayor. El único referente para la exigencia de estos recursos preventivos es la apreciación por el Inspector actuante de unas condiciones de trabajo que a su leal saber y entender hicieran necesaria la presencia de estos recursos preventivos. Es obvio que dentro de la legalidad constitucional no puede admitirse que esta facultad es incontrolable y que los tribunales, más tarde que temprano, establecerán unas pautas de control de la misma. La indefinición del precepto aboca a la socorrida subsanación de esta problemática a través de la Circular o Resolución administrativa que sin duda establecerá las pautas de la actividad inspectora ante este nuevo instrumento de actuación. No obstante, hubiera sido más adecuado a la seguridad jurídica de actuantes y responsables administrativos la precisión normativa de las situaciones en las cuales esta facultad puede ser ejercida.

b) Tipología de los recursos preventivos

El nuevo 32 bis.2 establece que: “el empresario podrá asignar la presencia a los siguientes recursos preventivos:

- a) Uno o varios trabajadores designados de la empresa.
- b) Uno o varios miembros del servicio de prevención propio de la empresa.
- c) Uno o varios miembros del o los servicios de prevención ajenos concertados por la empresa”.

La composición e integración de los recursos preventivos está directamente relacionada con el modelo de Servicio de Prevención por el que haya optado o se haya visto obligado a elegir el empresario –supuesto del servicio de prevención propio–, si bien no se establece ninguna vinculación obligatoria para el supuesto, muy habitual, de utilización conjunta de diversas modalidades de Servicio de Prevención por una sola empresa. Sin embargo, el número 4 del citado 32 bis prevé que el empresario:

“(…) podrá asignar la presencia de forma expresa a uno o varios trabajadores de la empresa que, sin formar parte del servicio de prevención propio ni ser trabajadores designados, reúnan los conocimientos, la cualificación y la experiencia necesarios en las actividades o procesos a que se refiere el apartado 1 y cuenten con la formación preventiva correspondiente, como mínimo, a las funciones del nivel básico”.

Ante la ausencia de limitaciones para este supuesto podemos encontrarnos con que la regla general, la asignación de parte de los medios humanos del Servicio de Prevención, para integrar los recursos preventivos puede convertirse fácticamente en la excepción si los empresarios recurren con carácter general a esta posibilidad.

c) La articulación de los recursos preventivos

El principal problema que se plantea en relación a la dotación de los recursos preventivos es muy similar al que se ha generado y continúa respecto los Servicios de Prevención. La determinación de la formación y medios humanos y materiales que deben poseer. El Reglamento de los Servicios de Prevención optó, desafortunadamente ante los resultados obtenidos²² por remitir la cualificación, número y medios de las modalidades internas de los Servicios de Prevención a la regulación pacticia. La Ley no ha optado directamente por esta vía, pero se inserta en la misma ambigüedad al estar constituidos en principio los recursos preventivos por medios humanos de los Servicios de Prevención o por trabajadores cuya formación será “correspondiente como mínimo, a las funciones del nivel básico”, determinación claramente insuficiente en cuanto que es obvio que habrá situaciones que requerirán otra formación. No obstante, la norma no da los criterios para especificar cuándo será necesario que los integrantes de los recursos preventivos tengan una formación superior.

Para finalizar, adviértase que la integración de los recursos preventivos deberá ser informada previamente por los delegados de prevención de conformidad a lo previsto en los artículos 36.1.c) y 33.1.b) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

**DONDE EXISTE UNA
IMPORTANTE MODIFICACIÓN
EN MATERIA DE
COORDINACIÓN
DE ACTIVIDADES
EMPRESARIALES ES
EN LAS OBRAS DE
CONSTRUCCIÓN**

(22) No comparto en absoluto la visión positiva que MERCADER UGUINA y MUÑOZ RUIZ plantean de la negociación colectiva en materia de Prevención de Riesgos Laborales, al menos en lo que respecta a la cuestión de la organización preventiva –MERCADER UGUINA, Jesús. R. y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén, “El futuro de la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales”, *Aranzadi Social*, núm. 14, noviembre de 2002, págs. 73 y 74-. Para estos autores, “la organización preventiva es un ámbito lo suficientemente dúctil para ser tratado por medio de la negociación colectiva, de tal forma que los convenios podrán imponer formas organizativas, excluyendo otras a disposición del empresario...” –*ibidem*, pág. 73. Sin embargo, la realidad nos demuestra el paladino desinterés de los agentes sociales por la organización preventiva. De hecho, la remisión que la Disposición Adicional Séptima del Reglamento de los Servicios de Prevención ha efectuado en cuanto a los medios, cualificación y dedicación de los trabajadores designados y servicios de prevención propio, ha resultado, a salvo de las honrosas excepciones que se quiera, un tremendo fracaso, causando una verdadera laguna normativa.

3. LAS REMISIONES REGLAMENTARIAS Y LOS CAMBIOS EN EL ÁMBITO DE LA COORDINACIÓN PREVENTIVA

Como es característico en cualquier producto normativo español, la Ley contiene diversas referencias al desarrollo reglamentario y algunas de ellas, como la referencia del nuevo 16.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales a la concreción del plan de prevención, o las situaciones en las que son necesarios los recursos preventivos conforme al apartado 1.b) del reciente 32 bis, ya han sido mencionadas, otras como las referentes a la nueva organización de las actividades de control y comprobación de las condiciones de salud y seguridad en el trabajo se analizarán más tarde. Como en otras ocasiones, estas remisiones reglamentarias imponen una zona de vacío, de inseguridad jurídica hasta que sean completadas mediante el cumplimiento del mandato legal, lo cual sí es nocivo en otros campos, más lo es en éste donde la vida, la seguridad y la salud de los trabajadores está en juego.

Sin embargo, existe una mención al desarrollo reglamentario realmente sorprendente.

Y es que el artículo tercero de la Ley añade al artículo 24, relativo a la coordinación de actividades empresariales, un nuevo apartado, el 6:

“6. Las obligaciones previstas en este artículo serán desarrolladas reglamentariamente.”

Apartado de dudosa necesidad que nos induce a pensar que la incapacidad de los agentes sociales para llegar a un acuerdo en este tema, así como la del Gobierno por concretar los necesarios sistemas de coordinación reglamentariamente, ha sido suplida por una declaración de voluntad de rango legal completamente innecesaria. Han pasado 7 años desde la vigencia de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y a pesar de los diversos proyectos de RD no ha habido un desarrollo reglamentario de tan importante materia. El apartado 6 del artículo 24 supone tan sólo una nueva demora, un nuevo paréntesis ante la proximidad del nuevo proceso electoral, dejando sin modificar ni desarrollar un precepto que regula la coordinación preventiva “de forma simplista, ignorando la dificultad de enmarcar en el fenómeno de la descentralización productiva las múltiples circunstancias y funciones que se dan en las relaciones entre empresas.”²³ Y es que cualquiera que se ha enfrentado a la cuestión de la coordinación entre empresas en materia de Prevención de Riesgos Laborales conoce que uno de los primeros problemas es la generalidad del artículo 24 que ofrece unas líneas tan amplias y generosas en esta materia que ni siquiera puede reseñarse que configura un marco aceptable para guiar el comportamiento tanto de aquellos que deben cumplir el precepto como de los que deben exigir su cumplimiento²⁴. Esperemos que el nuevo apartado sea la expresión de un real compromiso que fructificará en el imprescindible desarrollo reglamentario.

(23) MATEOS BEATO, A., “Coordinación de actividades empresariales en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Revista de Información Laboral-Legislación y Convenios*, núm. 11, 16 de abril de 2003, pág. LN. 13.

(24) Entre los intentos de concretar las obligaciones en materia de coordinación de actividades empresariales en materia de Prevención de Riesgos Laborales pueden consultarse, MATEOS BEATO, A., *ibidem*, págs. LN 10 a 25; y los trabajos no publicados de SÁNCHEZ IGLESIAS, A.L., *Coordinación de actividades empresariales en materia de Prevención*; y en el ámbito de la Construcción, GÓNZALEZ LABRADA, M., *La coordinación de la actividad preventiva en las obras de Construcción*.

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

Donde sí existe una importante modificación en materia de coordinación de actividades empresariales es en las obras de construcción. El artículo séptimo de la Ley, bajo la rúbrica “Coordinación de actividades empresariales en las obras de construcción” añade una nueva Disposición Adicional, la decimocuarta, bajo la rúbrica “Presencia de los recursos preventivos en las obras de construcción” que establece la aplicación de la normativa contenida en el artículo 32 bis sobre recursos preventivos a las obras de construcción reguladas por el RD 1627/1997, de 24 de octubre, pero

“con las siguientes especialidades:

- a) La preceptiva presencia de recursos preventivos se aplicará a cada contratista.
- b) En el supuesto previsto en apartado 1, párrafo a), del artículo 32 bis, la presencia de los recursos preventivos de cada contratista será necesaria cuando, durante la obra, se desarrollen trabajos con riesgos especiales, tal y como se definen en el citado Real Decreto.
- c) La preceptiva presencia de recursos preventivos tendrá como objeto vigilar el cumplimiento de las medidas incluidas en el plan de seguridad y salud en el trabajo y comprobar la eficacia de las mismas”.

En realidad, lo que establece la Disposición Adicional transcrita es ciertas limitaciones y concreciones. Limitaciones en cuanto que sólo el contratista o contratistas, y, por tanto, no el subcontratista, están obligados a dotar la presencia de los recursos preventivos. Concreción ya que determina que las circunstancias en que será necesaria la presencia de los recursos preventivos: los expuestos en el Anexo II del Real Decreto 1627/1997²⁵. Sin embargo, el recurso al Anexo II no supone, como puede deducirse de la lectura del precepto transcrito una solución absoluta puesto que algunos apartados de esa disposición también poseen una importante carga de indeterminación.

El apartado 2 de la Disposición Adicional Decimocuarta²⁶ es tan sólo un recordatorio: la presencia de los recursos preventivos de los contratistas en las obras no conlleva una ami-

(25) “1. Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída en altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados, o el entorno del puesto de trabajo.

2. Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos suponga un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible.

3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas.

4. Trabajos en la proximidad de líneas eléctricas de alta tensión.

5. Trabajos que expongan a riesgo de ahogamiento por inmersión.

6. Obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos.

7. Trabajos realizados en inmersión con equipo subacuático.

8. Trabajos realizados en cajones de aire comprimido.

9. Trabajos que impliquen el uso de explosivos.

10. Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados.”

(26) “2. Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.”

noración de las obligaciones del coordinador en materia de seguridad y salud durante la ejecución de la obra.

4. LA NORMATIVA SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) La ausencia de modificaciones en materia de sujetos responsables

El Capítulo II de la Ley de Reforma contiene las modificaciones a la Ley de Infracciones y Sanciones de 4 de agosto de 2000. A mi juicio, aquí se encuentra lo mejor y lo peor de la Ley de Reforma. Lo peor no por exceso, sino por defecto. La Ley posee algunos cambios importantes, pero no va tan lejos como sería necesario para implicar adecuadamente a la Administración Sancionadora Laboral en el compromiso que la legislación preventiva impone a los sujetos obligados. Ya sabemos que sujeto obligado no es automáticamente sujeto responsable en cualquier orden. En la normativa sancionadora administrativa en materia de prevención de riesgos laborales, tenemos magníficos ejemplos. Así, el incumplimiento de las obligaciones del fabricante, importador y suministrador del artículo 41 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; de los coordinadores de seguridad y salud en las obras de construcción ya sean durante el proyecto²⁷ o durante la ejecución de la obra²⁸; no tienen un correlato sancionador en el orden sancionador administrativo preventivo, sino en otros órdenes ajenos —el Derecho Sancionador de Industria o el orden civil o penal— lo que implica en numerosos casos, bien el necesario recurso a un proceso de comunicación entre Administraciones en una forma compleja y no adecuadamente reglada o bien sencillamente la impunidad del infractor. De esta forma, las dos modificaciones que en materia de sujetos responsables establece el número uno del artículo noveno de la Ley no imponen, como hubiere sido deseable, cambio alguno en el elenco de sujetos responsables en el ámbito analizado deseable. Modificar el número 8 del artículo 2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social para considerar como sujetos responsables a los “empresarios titulares de centro de trabajo” junto a los sujetos ya enunciados, no supone sino corregir una mera omisión formal del anterior texto legal, puesto que ya con claridad el artículo 42.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social imponía esta responsabilidad, como heredero directo del artículo 42.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8 de noviembre de 1995. Junto al aspecto antes apuntado de no ampliación del abanico de sujetos responsables otra de las facetas negativas de la Ley de Reforma es no haber aprovechado el mismo para modificar el mecanismo de responsabilidad solidaria del empresario principal insertado por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, regresando a la responsabilidad individualizada en función de su conducta de empresario principal y contrata de la Ley de Infracciones y Sanciones de 1987, mucho más efectiva y con menos complejidad que la anterior en cuanto que añade a la insoslayable y espinosa cuestión de la culpabilidad, problemas insolventables como el de

(27) Artículo 8.3 del RD 1627/1997, de 24 de octubre.

(28) Artículo 9 del RD 1627/1997, de 24 de octubre.

la interpretación de los requisitos que deben concurrir para la existencia de la responsabilidad²⁹ –paradigmático y vivo ejemplo es la jurisprudencia sobre el concepto de “propia actividad”–.

La siguiente modificación, la adición de la expresión “de los diferentes sujetos responsables”, no supone modificación alguna de la normativa vigente, puesto que su concreción no viene acompañada de preceptos que determinen modificación alguna en esta materia.

B) Las modificaciones en normativa sancionadora en el ámbito de la gestión preventiva

a) Las modificaciones operadas en las infracciones existentes y las nuevas infracciones graves

El artículo 10 de la Ley de Reforma contiene las modificaciones operadas sobre el artículo 12 de la Ley de Infracciones y Sanciones, el precepto legal que posee en su seno el total de infracciones calificadas como graves en materia de Prevención de Riesgos Laborales. Dentro del mismo podemos encontrar muy diversas modificaciones:

A) Aquellas que adaptan la normativa sancionadora a los cambios que introduce la Ley de Reforma en las obligaciones empresariales derivadas de la Ley de Prevención de Riesgos laborales:

– “Incumplir la obligación de integrar la prevención de riesgos laborales en la empresa, a través de la implantación y aplicación de un plan de prevención, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.” –nuevo artículo 12.1.a) en la redacción de la Ley de Reforma–.

– “No llevar a cabo las evaluaciones de riesgos y, en su caso, sus actualizaciones y revisiones, así como los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores que procedan, o no realizar aquellas actividades de prevención que hicieran necesarias los resultados de las evaluaciones **con el alcance y contenido establecidos** en la normativa sobre prevención de riesgos laborales.” –nuevo apartado 12.1.b) en la redacción de la Ley de Reforma (se reseña en **negrita** la modificación)–.

JUNTO A LA NO AMPLIACIÓN DEL ELENCO DE SUJETOS RESPONSABLES OTRA PARTE NEGATIVA ES NO HABER MODIFICADO EL MECANISMO DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL EMPRESARIO PRINCIPAL

(29) Confer, sobre esta materia, PÉREZ CAPITÁN, L., “La responsabilidad administrativa en los supuestos de contratas y subcontratas en el Derecho Sancionador de la Seguridad y Salud en el Trabajo (un análisis del artículo 42.3 de la LISOS)”, *Justicia Laboral*, núm. 12, noviembre de 2002, págs. 13 a 35.

– “**Incumplir** la obligación de efectuar la planificación de la actividad preventiva que derive como necesaria de la evaluación de riesgos, **o no realizar el seguimiento de la misma, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.**” – nuevo número 6 del artículo 12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (se reseña en negrita lo añadido)–.

– “**No adoptar** el empresario titular del centro de trabajo **las medidas necesarias para garantizar que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo reciban la información y las Instrucciones adecuadas** sobre los riesgos existentes y las medidas de protección, prevención y emergencia, **en la forma y con el contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.**” –nuevo número 14 del artículo 12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social–

– “a) No designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y prevención en la empresa o no organizar o concertar un servicio de prevención cuando ello sea preceptivo, **o no dotar a los recursos preventivos de los medios que sean necesarios para el desarrollo de las actividades preventivas.**

b) **La falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia.**” –nuevo número 15 del artículo 12 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social–.

B) Modificaciones del artículo sobre los incumplimientos que afectan al sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales.

– Algunas de las modificaciones son meramente intentos de solución de posibles lagunas legales:

– Como incluir conforme al apartado 5 del artículo 10 de la Ley de Reforma la referencia a “los trabajadores designados” junto al servicio de prevención en el apartado 19 del artículo 12. Referencia a mi juicio innecesaria puesto que la Ley de Infracciones y Sanciones con el término de Servicio de Prevención no se refería tan sólo a Servicio de Prevención Ajeno, sino a cualquier modalidad de Servicio de Prevención, entre las que se halla y hallaba la constituida por trabajadores designados.

– Añadir un nuevo número 25 –artículo 10.8 de la Ley de Reforma– en el que se reseña como infracción:

“Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, de acuerdo con la normativa aplicable.”

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

Este nuevo número era imprescindible. Hasta su entrada en vigor las entidades auditoras tenían un gran número de obligaciones³⁰, cuyo incumplimiento no acarrea sanción alguna, lo que era sencillamente incomprensible. Sin embargo, en relación con las auditorías debemos lamentar el que la Ley de Reforma no haya introducido la exigencia de la auditoría a nivel legal; y en, segundo lugar, que no se haya extendido la obligación de la auditoría a todas las empresas con independencia del modelo de Servicio de Prevención que hubiera elegido³¹.

– Añadir un nuevo número 26 –artículo 10.9 de la Ley de Reforma– en el que se reseña como infracción:

“Incumplir las obligaciones derivadas de actividades correspondientes a entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con la normativa aplicable.”

A diferencia del anterior número 25, dudamos que este párrafo suponga una mayor eficacia de las entidades formativas. Como ya se reseña *supra* lo importante es aumentar la calidad de las entidades formativas a través del aumento de los niveles, no establecer sanciones sin utilidad práctica.

C) Modificaciones en el ámbito de los incumplimientos que afectan a las obligaciones impuestas por el RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción móviles o temporales. Tal vez sea este apartado el más interesante e innovador en cuanto intenta armonizar la normativa infractora con las obligaciones establecidas en el mencionado RD. Y es que para cualquier estudioso con una visión práctica de esta faceta de la Seguridad y Salud, eran claras las disfuncionalidades existentes entre el RD y la normativa represora de: primero la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, y después la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000. Dentro de este apartado pueden agruparse las infracciones del siguiente modo:

– Infracciones relativas al Plan de seguridad y Salud en el Trabajo. Como sabemos el Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo es conforme el artículo 7 del RD 1627/1997 una obligación del o de los contratistas. Frente a la austera regulación infractora de la Ley de Infracciones y Sanciones de 2000, heredera de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995, la Ley de Reforma contempla todo un abanico de incumplimientos al añadir el número 23 al artículo 12 que contiene las siguientes infracciones en torno al plan de seguridad:

(30) Cumplimiento de los objetivos de la auditoría –artículo 30 del Reglamento–; requisitos de la auditoría –artículo 32 del Reglamento de los Servicios de Prevención–; documentación de la auditoría –artículo 31 del Reglamento de los Servicios de Prevención–; nivel formativo de las personas que realizan la auditoría –artículo 32.1 del Reglamento de los Servicios de Prevención en relación con el artículo 4 de la Orden de 27 de junio de 1997, por el cual se desarrolla el RD 39/1997, de 17 de enero, en relación con las condiciones de acreditación de las entidades especializadas como servicios de prevención ajenos a las empresas, de autorización de las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y de autorización de las entidades públicas o privadas para desarrollar y certificar actividades formativas en materia de prevención de riesgos laborales–.

(31) Muchas empresas eligen el Servicio de Prevención Ajeno como una forma de eludir la obligación de la auditoría.

“a) Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por carecer de un contenido real y adecuado a los riesgos específicos para la seguridad y la salud de los trabajadores de la obra o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo³².

b) Incumplir la obligación de realizar el seguimiento del plan de seguridad y salud en el trabajo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales.”

El primer inciso del apartado a) no es sino una traslación del número 6 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social de 2000. No puede decirse lo mismo del segundo inciso del apartado a) que contiene un cambio esencial en la redacción normativa, siguiendo la línea antiformalista y substantiva que es común en la Ley de Reforma. Cualquiera que haya examinado un plan de seguridad y salud habrá advertido que, en numerosos casos, por no decir la mayoría, éstos parecen haber sido redactados para toda obra y lugar, a través de la utilización de contenidos normalizados se convierte una de las obligaciones más importantes en las obras de construcción: la redacción de un plan de seguridad como compendio de todas y cada una de las medidas a tomar en cada fase de la obra, en una especie de “vademécum” que contiene toda o gran parte de la normativa y práctica de la seguridad e higiene en una obra a través del amontonamiento ingente de folios sin ningún tipo de utilidad práctica. Sin duda la referencia “contenido real y adecuado a los riesgos específicos (...) o por no adaptarse a las características particulares de las actividades o los procedimientos desarrollados o del entorno de los puestos de trabajo” va directamente a atacar este tipo de comportamientos. Sin embargo, de nada sirve el penar esta conducta respecto al contratista cuando la realidad y la normativa nos demuestra que el contratista en la mayor parte de los casos se ve vinculado por un documento: el estudio de seguridad y salud que posee los mismos vicios antes reseñados, sin que pueda el contratista hacer nada por modificar tal situación, por ello, será esencial el número 24 que luego comentaremos.

En cuanto al apartado b), nos encontramos ante un párrafo de redacción compleja, ¿qué debemos entender por “seguimiento”? Pese a que seguimiento terminológicamente no es en absoluto lo mismo que “cumplimiento” o “ejecución”, en cuanto que parece que el primer vocablo hace referencia a control, no puede entenderse otra cosa que estamos ante el incumplimiento de la obligación del contratista, subcontratista y trabajador autónomo³³ de ejecutar y hacer ejecutar a las personas por ellos contratadas las medidas preventivas fijadas en el plan de seguridad y salud.

(32) En el Informe de la Ponencia se suprimió el siguiente párrafo: “b) Incumplir la obligación de elaborar el plan de seguridad y salud en el trabajo, mediante alteraciones, en fraude de ley, en el volumen de la obra o en el número de los trabajadores.” Sin duda al considerarlo como tautológico al hallarse incluida la conducta descrita en este párrafo como vulneración del artículo 4 del RD 1627/1997 en el genérico apartado a) de este mismo nuevo precepto.

(33) Artículos 11.2 y 12.2, respectivamente, del RD 1627/1997.

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

– Infracciones del promotor. El número 7 del artículo 10 de la Ley de Reforma contiene la adición de un nuevo número, el 24, al artículo 12, en el que se desarrollan con profusión, a diferencia del texto que modifica, las infracciones del promotor de obra del RD 1627/1997³⁴:

“a) No designar los coordinadores en materia de seguridad y salud cuando ello sea preceptivo.

b) Incumplir la obligación de que se elabore el estudio o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, cuando ello sea preceptivo, con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, o cuando tales estudios presenten deficiencias o carencias significativas y graves en relación con la seguridad y la salud en la obra.

c) No adoptar las medidas necesarias para garantizar, en la forma y con el alcance y contenido previstos en la normativa de prevención, que los empresarios que desarrollan actividades en la obra reciban la información y las instrucciones adecuadas sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia.

d) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones establecidas en el artículo 9 del RD 1627/1997 como consecuencia de su falta de presencia, dedicación o actividad en la obra.

e) No cumplir los coordinadores en materia de seguridad y salud las obligaciones, distintas de las citadas en los párrafos anteriores, establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales cuando tales incumplimientos tengan o puedan tener repercusión grave en relación con la seguridad y salud en la obra.”

El nuevo número 24 con toda la problemática que conlleva supone una acertada innovación, al subsanar una serie de problemas que venían arrastrándose desde la aprobación del RD 1627/1997. En la normativa a la que pretende suceder, no existen menciones específicas a la figura del promotor a salvo del número 14 del artículo 12 que desarrolla una redacción muy similar a la que aporta el apartado c) arriba transcrito. De este modo, cuando la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

**SE DESARROLLAN
CON PROFUSIÓN
LAS INFRACCIONES DEL
PROMOTOR, LO CUAL
SUPONE UNA ACERTADA
CORRECCIÓN A
LA CONFUSA SITUACIÓN
ANTERIOR**

(34) Recordemos que el artículo 2.1.c) del citado RD define como promotor a: “cualquier persona física o jurídica por cuenta de la cual se realice una obra”.

y la Autoridad Laboral efectuaba la actuación sancionadora propia frente a los promotores que incumplían sus obligaciones tenía que acudir como preceptos tipificadores, o bien a normas que eran un cajón de sastre –los números 4 o 5 del artículo 11–, o bien interpretar de una forma generosa la conducta descrita en el citado apartado 14. La nueva redacción supone una importante corrección a esta confusa situación. No olvidemos, empero, que la jurisprudencia se había inclinado por considerar que la no elaboración del estudio de seguridad se incardinaba como infracción en el artículo 12.6 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social³⁵.

Por otro lado, el apartado b), equivalente en cuanto a la obligación del Estudio de Seguridad al apartado a) del artículo 23, relativo al Plan, tiene incluso mayor importancia que su homólogo, puesto que en la fase de elaboración de la Ley de reforma, fase en la que se confecciona el estudio de seguridad y salud de la obra como parte indisoluble de aquél, es cuando los técnicos competentes deben verter todo su conocimiento en efectuar un documento adecuado a la obra concreta, y no como sorprendentemente sucede con gran frecuencia un documento válido para todo tipo de obra y lugar que si bien lleva la firma que avala la adecuación del mismo, su contenido es realmente inútil si con él se desea conocer realmente cuáles son las medidas preventivas que es necesario aplicar a cada fase de la obra. Es ésa la incidencia del nuevo inciso: “con el alcance y contenido establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales, en particular por tener los estudios deficiencias o carencias significativas en relación con la seguridad y salud en la obra”. Sin embargo, la redacción de este apartado es singularmente distinta a la del apartado a) del 23, configurando una redacción confusa con excesivas puertas abiertas y caminos de debate. ¿Qué debemos entender por “deficiencias o carencias significativas”? Tal vez aquellas de las que se pueda desprender un riesgo para la salud o seguridad de los trabajadores, ya sea por la omisión de medidas preventivas a riesgos específicos, ya sea por el establecimiento de medidas inadecuadas a la actividad o tarea. En todo caso, optamos por considerar que a pesar de la diferente redacción las obligaciones protegidas por ambos apartados van a tener un alcance muy similar, en cuanto que tanto el artículo 5 como el 6, relativos a los dos tipos de estudio de seguridad y salud en la obra, consideran éste como el documento en el que se precisan entre otras cosas, los riesgos y medidas técnicas a aplicar para evitarlos en la obra, con lo que “el alcance y contenido establecidos en la normativa sobre prevención de riesgos laborales”, no puede interpretarse sino considerando que cualquier no adecuación a lo exigido en los artículos reseñados debe imputarse como infracción tipificada en el apartado aquí analizado, debiendo utilizarse los criterios del artículo 39.3 para agravar o atenuar la cuantía de la sanción.

Los apartados d) y e) establecen como infracción del promotor el incumplimiento de las obligaciones del coordinador, incluso por aquellas que se deriven de la falta de dedicación del coordinador. El promotor es el que designa al coordinador pero no olvidemos que el promotor está obligado a nombrar como coordinadores a sujetos con una determinada

(35) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1996, Sala III –recogida en *Actualidad Laboral*, núm. 15, 7-13 de abril de 1997, ref. 482–, aún referida a una normativa anterior.

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

titulación profesional y que en gran parte ejecutan su labor de coordinadores como parte de una profesión liberal. El coordinador se convierte, cuando no está ligado por una relación laboral con el promotor, siendo un recurso humano más de la empresa promotora, en un mandatario que vincula con sus actos y omisiones a aquel que le ha designado, que después deberá ejercitar las acciones oportunas a fin de reclamar la responsabilidad del coordinador por la conducta que ha conducido a la sanción del promotor.

Siendo un artículo innovador, muy apegado a la realidad, y que puede suponer un importante cambio en la capacidad de control del incumplimiento de la legalidad en las obras, el legislador debiera haber ido más allá. Más allá, considerando al coordinador, sólo o con el promotor como responsable administrativo frente a la Autoridad Laboral de las obligaciones que a él personalmente le atribuye la normativa vigente. Más allá, considerando al promotor como sujeto responsable de los incumplimientos en materia de seguridad y salud laboral, lo cual hubiera debido significar una modificación en el mecanismo de la responsabilidad del empresario principal, cuestión *supra* comentada.

Por lo demás, este precepto origina importantes problemas de justicia material cuando el promotor no es un promotor profesional sino un particular que confía en un profesional liberal para el ejercicio de las funciones de coordinador junto a las propias de dirección de obra. En estas situaciones, debiera excluirse la responsabilidad del promotor, imponiendo directamente la responsabilidad al coordinador.

b) Las modificaciones operadas en el listado de las infracciones muy graves

El artículo 11 de la Ley de Reforma contiene los cambios que se diseñan para el artículo 13 de la LISOS, modificaciones que pueden analizarse siguiendo unas pautas clasificatorias similares a las ya expuestas.

A) Aquellas que adaptan la normativa sancionadora a los cambios introducidos en las obligaciones empresariales derivadas de la Ley de Prevención de Riesgos laborales:

– “a) No **adoptar** el promotor o el empresario titular del centro de trabajo, **las medidas necesarias para garantizar** que aquellos otros que desarrollen actividades en el mismo **reciban la información y las instrucciones adecuadas, en la forma y con el contenido y alcance establecidos en la normativa de prevención de riesgos laborales**, sobre los riesgos y las medidas de protección, prevención y emergencia, cuando se trate de actividades reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.” –apartado a) del número 8 del artículo 13 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social–. Heredero del 13.8 –las diferencias con el precepto en la redacción de la Ley de 2000 se enmarcan en negrita–.

Las modificaciones hay que entenderlas en la línea antiformalista ya comentada con ocasión del análisis de su correlato en las infracciones graves, el 12.14 de la Ley de Reforma.

– “La falta de presencia de los recursos preventivos cuando ello sea preceptivo o el incumplimiento de las obligaciones derivadas de su presencia, cuando se trate de actividades

reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales.” –Párrafo b) del nuevo número 8–.

El precepto no merece mayor comentario, la diferencia con su parejo del nuevo 12.15.b) es el tipo de actividad, aquellas “reglamentariamente consideradas como peligrosas o con riesgos especiales”. Tan sólo dos anotaciones, no basta para considerar como peligrosa una actividad la apreciación subjetiva del funcionario actuante, es precisa su inclusión en un listado normativo que la califique como tal. La justificación de esta calificación como muy grave deviene del mayor peso obligacional que recae sobre el empresario ante situaciones que ya normativamente se prevén como peligrosas o con riesgos especiales.

B) Modificaciones del artículo sobre los incumplimientos que afectan al sistema de gestión de la prevención de riesgos laborales:

“La alteración o el falseamiento, por las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas, del contenido del informe de la empresa auditada.” –nuevo número 13–.

Apartado de importancia y de interés, aun cuando de difícil aplicación. A mi juicio, frente a la conducta calificada como grave y descrita en el 12.25 en la nueva redacción, no se trata del mero incumplimiento de sus obligaciones por el ente auditor, sino de una actuación fraudulenta dirigida a enmascarar o ocultar la situación real de la empresa auditada constatada por aquél³⁶. Si bien se trata de una actuación que puede plantear problemas de prueba, en este apartado pudieran incluirse aquellas conductas del ente auditor consistente en afirmar el cumplimiento de la normativa preventiva por la empresa en cualquiera de los apartados o grupos existentes, cuando claramente para cualquier observador mínimamente atento se revele lo contrario.

C) Otras nuevas infracciones.

– “La suscripción de pactos que tengan por objeto la elusión, en fraude de ley, de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 de esta Ley.” Es muy habitual en las relaciones mercantiles entre empresa principal y contrata o subcontrata la suscripción de contratos en los que la empresa principal incluye cláusulas de estilo, intentando eludir su responsabilidad³⁷. Nuestros Tribunales han declarado claramente la nulidad de

(36) Por ejemplo: la auditoría certifica el cumplimiento por la empresa de la normativa sobre equipos de trabajo cuando el análisis auditor ha revelado lo contrario. En cambio, en el supuesto de que la auditoría no hubiese analizado la situación de la empresa en relación con la normativa sobre equipos de trabajo no estaríamos ante una infracción muy grave, sino grave.

(37) La variedad es enorme. Un ejemplo: “Corresponde a la empresa contratada el cumplimiento de la normativa de Seguridad y Salud en el Trabajo, quedando excluida de cualquier responsabilidad la empresa principal por el incumplimiento por aquélla de dicha normativa”. También pueden incluirse en este grupo de cláusulas aquellas que hacen recaer todo el peso económico derivados de las sanciones, recargos o indemnizaciones derivados de los incumplimientos sobre la empresa contratada.

estas cláusulas contractuales *contra legem*³⁸, pero el legislador considera oportuno sancionar estas conductas, apuntalando el sistema de responsabilidad administrativa que recae sobre la empresa principal.

c) Infracciones de las empresas usuarias

Al grupo infracciones correspondientes a las empresas usuarias la Ley de Reforma añade una nueva en su artículo 12:

“f) Permitir el inicio de la prestación de servicios de los trabajadores puestos a disposición sin tener constancia documental de que han recibido las informaciones relativas a los riesgos y medidas preventivas, poseen la formación específica necesaria y cuentan con un estado de salud compatible con el puesto de trabajo a desempeñar.” –nuevo párrafo f) del apartado 2 del artículo 19 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social–.

Con este nuevo precepto se colma la laguna legal existente que sobrevolaba sobre la obligación de control por la empresa usuaria³⁹ del cumplimiento de las obligaciones de la empresa de trabajo. Sin embargo, la modificación no es suficiente. Nos encontramos con que un régimen bastante estricto y claro de repartición de obligaciones en materia de Seguridad y Salud entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria se encuentra protegido incomprensiblemente con un orden represivo de nivel inferior puesto que las sanciones que llevan aparejadas las infracciones son sensiblemente inferiores a las establecidas respecto el resto de las infracciones en el segmento de la Prevención de Riesgos Laborales⁴⁰.

**SE COLMA LA LAGUNA
LEGAL QUE EXISTÍA SOBRE
LA OBLIGACIÓN DE
CONTROL POR LA EMPRESA
USUARIA DEL
CUMPLIMIENTO DE
LAS OBLIGACIONES EN
MATERIA DE SEGURIDAD Y
SALUD DE LA EMPRESA DE
TRABAJO TEMPORAL**

(38) A la responsabilidad establecida legalmente no pueden afectar “las condiciones particulares convenidas entre empresario principal y subcontratista que de modo alguno pueden mediante pacto contractual obviar las obligaciones y responsabilidades legales de uno y otro”, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 2 de junio de 1999 (RJCA, 1999, 2076). Con igual rotundidad el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 5 de diciembre de 1997 (RJCA, 1997, 2903).

(39) Artículo 4.1 del RD 216/1999, de 5 de febrero, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo en el ámbito de las empresas de trabajo temporal (BOE de 24 de febrero).

(40) Las infracciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales recogidas en los artículos 18.2.c) y 3.b), y 19.2.b) y 3.b) al igual que la nueva infracción añadida por la Ley se sancionan con multa que oscila entre los 300,52 a 3.005,06 euros –graves– y 3.005,07 a 90.151,82 euros –muy graves–; frente a las cuantías mucho más abultadas previstas para las infracciones de orden preventivo recogidas en los artículos 12 –de 1.502,54 a 30.050,61 euros, graves– y 13 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social –de 30.050,62 a 601.012,10 euros–.

d) Nuevas normas de procedimiento ante la posibilidad de la aplicación del principio *ne bis in idem*

El artículo decimoquinto bis añadido por Informe de la Ponencia introduce un nuevo apartado 3 al artículo 52 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social:

“3. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá notificar, en todo caso, a la autoridad laboral y a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la existencia de un procedimiento penal sobre hechos que puedan resultar constitutivos de infracción. Dicha notificación producirá la paralización del procedimiento hasta el momento en que el Ministerio Fiscal notifique a la autoridad laboral la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial.”

El nuevo párrafo es una adición lógica ante un procedimiento que hasta ahora resultaba al menos a nivel legal, y sin perjuicio de las relaciones establecidas entre el Ministerio Fiscal y la Inspección de Trabajo, incompleto. El Ministerio Fiscal, con el fin de evitar duplicidades que pueden suponer la conculcación del principio *ne bis in idem* debe comunicar sus actuaciones en materias que afecten a la órbita de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Los efectos de esa comunicación son los oportunos: la inmediata paralización del procedimiento sancionador administrativo, hasta el momento en que el Ministerio Fiscal comunique, conforme está obligado, a la autoridad laboral “la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento dictado por la autoridad judicial”.

5. LA NUEVA ORGANIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE CONTROL Y COMPROBACIÓN INSPECTORA DE LAS CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

El artículo primero de la Ley de Reforma bajo la rúbrica “Colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social” contiene una nueva redacción para los números 2⁴¹

(41) “Las Administraciones General del Estado y de las Comunidades Autónomas adoptarán, en sus respectivos ámbitos de competencia, las medidas necesarias para garantizar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesarios a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que, en el ámbito de la Administración General del Estado serán prestados por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Estas Administraciones Públicas elaborarán y coordinarán planes de actuación, en sus respectivos ámbitos competenciales y territoriales, para contribuir al desarrollo de las actuaciones preventivas en las empresas, especialmente de las de mediano y pequeño tamaño y las de sectores de actividad con mayor nivel de riesgo o de siniestralidad, a través de acciones de asesoramiento, de información, de formación y de asistencia técnica (párrafo introducido por enmiendas presentadas y aceptadas en el seno de la Ponencia del Congreso de los Diputados, texto recogido en el Boletín del Congreso de los Diputados de 30 de septiembre de 2003).

En el ejercicio de tales cometidos, los funcionarios públicos de las citadas Administraciones que ejerzan labores técnicas en materia de prevención de riesgos laborales a que se refiere el párrafo anterior, podrán desempeñar funciones de asesoramiento, información, y comprobatorias de las condiciones de seguridad en las empresas y centros de trabajo, con el alcance señalado en apartado 3 de este artículo y con la capacidad de requerimiento a que se refiere el artículo 43 de esta Ley, todo ello en la forma que se determine reglamentariamente.

Las referidas actuaciones comprobatorias se programarán por la respectiva Comisión Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a que se refiere el artículo 17.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para su integración en el plan de acción en Seguridad y Salud Laboral de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

y 3⁴² del artículo 9 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que supone una modificación trascendental del sistema organizativo administrativo de control del incumplimiento de las obligaciones preventivas. El objetivo de esta modificación va mucho más allá de la “actualización” de la colaboración de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la que se refiere el Preámbulo, atribuyendo a los funcionarios técnicos de dependencia autonómica competencias que tradicionalmente habían estado en manos de los miembros del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social. La razón de esta innovación se halla en las Propuestas de la Mesa de Diálogo Social antes citadas⁴³, y, en realidad, no es sino la opción de dicha Mesa con el fin de dotar de mayores efectivos humanos las labores de vigilancia y control asumidas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Analicemos la nueva posición de estos funcionarios técnicos:

—¿Qué competencias y facultades nuevas se les atribuyen?

– Las competencias propias de asesoramiento y comprobación en materia de Prevención de Riesgos Laborales propias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

– La facultad de requerimiento del artículo 43 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Esta nueva competencia y facultad se ejercerá en la forma que se desarrolle reglamentariamente⁴⁴.

– Capacidad de comunicación de hechos constitutivos de infracción relativos a las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social mediante el preceptivo informe a fin de que por ésta se levante la correspondiente Acta si procediera. A diferencia del Inspector de Trabajo y Seguridad Social, el funcionario técnico sólo podrá comunicar estos hechos cuando se haya incumplido el requerimiento, no cabe el requerimiento y el informe-propuesta de sanción a la vez. Sin

(42) “Cuando de las actuaciones de comprobación a que se refiere el apartado anterior, se deduzca la existencia de infracción, y siempre que haya mediado incumplimiento de previo requerimiento, el funcionario actuante remitirá informe a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el que se recogerán los hechos comprobados, a efectos de que se levante la correspondiente Acta de Infracción, si así se procediera.

A estos efectos, los hechos relativos a las actuaciones de comprobación de las condiciones materiales o técnicas de seguridad y salud recogidos en tales informaciones gozarán de la presunción de certeza a que se refiere la Disposición Adicional Cuarta, apartado 2, de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

El artículo 8 de la Ley añade una nueva Disposición Adicional, la Decimoquinta a la Ley de Prevención de Riesgos laborales bajo la rúbrica: “Habilitación de funcionarios públicos”:

“Para poder ejercer las funciones establecidas en el apartado 2 del artículo 9 de esta Ley, los funcionarios públicos de las Comunidades Autónomas deberán contar con una habilitación específica expedida por su propia Comunidad Autónoma, en los términos que se determinen reglamentariamente.

En todo caso, tales funcionarios deberán pertenecer a los grupos de titulación A o B y acreditar formación específica en materia de prevención de riesgos laborales.”

(43) Confer, “Propuestas de la Mesa”, *Prevención ...*, cit., págs. 33 y 34.

(44) En este sentido, la modificación del artículo 39.3.f) por el artículo 13 de la Ley de Reforma implica considerar como un criterio de graduación de las sanciones el incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos de tanto los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social como de los funcionarios técnicos de dependencia autonómica habilitados al efecto.

embargo, el informe aludido goza, en cuanto a los hechos relativos a las actuaciones de comprobación de las condiciones indicadas, de presunción de certeza.

—¿Cuáles son los funcionarios que ejercerán estas nuevas competencias? No todo el personal que desarrollan funciones técnicas en el área de Prevención de Riesgos Laborales de la Comunidad Autónoma, sino aquellos habilitados para desarrollarlas. En concreto, conforme a la nueva Disposición Adicional, la Decimoquinta, que el artículo 8 de la Ley de Reforma introduce en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, deberán ser habilitados específicamente por la Comunidad Autónoma en los términos que se determinen reglamentariamente, siendo condiciones mínimas el ser funcionarios, pertenecientes a los grupos de titulación A o B, acreditando formación específica en materia de prevención de riesgos laborales.

— Introducción de reglas de procedimiento. La integración en las nuevas funciones plantea importantes problemas de procedimiento. Algunos de ellos, los más sencillos, son solventados por la Ley de Reforma:

- Los plazos de actuación para el ejercicio de las facultades enunciadas se someterán a los plazos del artículo 14.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴⁵.

- Cuando el Acta de Infracción, practicada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, tenga su origen en el informe de los funcionarios técnicos de dependencia autonómica se incorporará al texto de aquélla “el relato de los hechos del correspondiente informe así como los demás datos relevantes del mismo”, relato que va avalado por la presunción de certeza⁴⁶.

- La Inspección de Trabajo y Seguridad Social recabará de los funcionarios públicos aludidos “la subsanación de sus informes cuando considere que el relato de hechos contenido es insuficiente a efectos sancionadores, procediendo a su archivo si no se subsana en término de 15 días y sin perjuicio de nuevas comprobaciones”⁴⁷.

— Nuevas infracciones. Con el fin de proteger las competencias y facultades atribuidas a los funcionarios técnicos, se considera como infracción por obstrucción las acciones u

(45) Será necesario entender, a falta de desarrollo reglamentario específico, que en lo que sea posible se aplicarán los artículos 17 del RD 138/2000, del 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y 8 del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, lo contrario supondría dejar múltiples lagunas en el decurso de las actuaciones comprobatorias.

(46) Párrafo primero del nuevo apartado 5 del artículo 53 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social en la redacción del artículo 16 de la Ley de Reforma.

(47) Párrafo segundo del nuevo apartado 5 del artículo 53 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social en la redacción del artículo 16 de la Ley de Reforma.

Reforma del marco normativo de la prevención de riesgos

omisiones que perturben, retrasen o impidan la labor de comprobación de éstos en apoyo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴⁸.

La modificación normativa descrita introduce importantes dudas. Las más importantes son de tipo organizativo. ¿Cómo se articulará el funcionamiento de estos funcionarios dependientes de las Comunidades Autónomas en relación con las Inspecciones de Trabajo y Seguridad Social? El nuevo párrafo tercero del artículo 9.2 atribuye un papel fundamental para las Comisiones Territoriales de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la que participen la Administración del Estado y la Autonómica en régimen de paridad. Pero ¿serán esas Comisiones capaces de articular un sistema de trabajo que impida la duplicidad en las actuaciones, la bicefalia directiva, los conflictos que puedan surgir en el día a día? Sólo el establecimiento de un sistema claro y sencillo puede obviar estos problemas. Sin embargo, no hay que ser pesimista, el original sistema de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social español de dependencia funcional de dos Autoridades ha funcionado muy adecuadamente, y sin duda podrá integrar esta peculiar modificación que implica que funcionarios de dos Administraciones distintas realicen funciones parejas de forma complementaria.

Otras cuestiones surgen al albur de la modificación. La remisión reglamentaria a los términos de la habilitación de los funcionarios técnicos dependientes de las Comunidades Autónomas no plantea mayor problema a no ser que el desarrollo reglamentario sea propio de cada Comunidad Autónoma, lo que supondría que los requisitos de acceso a la nueva condición sean disímiles⁴⁹.

Igual situación surge en relación a la remisión reglamentaria respecto al uso de determinadas competencias y facultades –asesoramiento y comprobación y requerimiento–. Si el desarrollo es a nivel estatal nos encontraremos ante un único procedimiento de actuación, en caso contrario, ante una posible diversidad procedimental en el ejercicio de unas competencias y facultades idénticas.

(48) Nuevo párrafo final del apartado 2 del artículo 50 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social en la redacción del artículo 15 de la Ley de Reforma.

(49) Es obvio que la concepción del autor de este artículo es preferible que en el ámbito nacional para el ejercicio de determinadas competencias se exijan requisitos idénticos de acceso, lo que como es evidente no acaece en órdenes de la realidad sin que se planteen mayores problemas. La posibilidad de un desarrollo propio de cada Comunidad Autónoma en función de las competencias que se desprendan del Estatuto de Autonomía es una posibilidad clara a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de noviembre de 1996.

La mejora de la acción protectora de los trabajadores por cuenta propia

JOSÉ ANTONIO PANIZO ROBLES

Administrador Civil del Estado
Miembro del Instituto Europeo de
Seguridad Social

Sumario:

Introducción. 1. La cobertura de los riesgos profesionales en el RETA. A) Antecedentes. B) La formalización de la opción de los trabajadores por cuenta propia para la cobertura de las contingencias profesionales. C) Las exigencias de la cotización, como compensación a la mejora de la acción protectora. D) La mejora de la acción protectora. a) Contingencias protegidas y prestaciones. a') El accidente de trabajo. b') La enfermedad profesional. b) Alcance de la acción protectora. c) Requisitos para el acceso a las prestaciones. d) Especialidades del subsidio por incapacidad temporal. e) Base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia. f) Reconocimiento del derecho y abono de la prestación. **2. La mejora de la prestación de IT. 3. La extensión a los trabajadores por cuenta propia de la incapacidad permanente total cualificada.** A) La prestación de IPT cualificada para los trabajadores incluidos en el RETA. B) La prestación de IPT cualificada para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REASS. C) La prestación de IPT cualificada para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REM. **4. Anexo.**

INTRODUCCIÓN

Como ha señalado la doctrina¹, el RETA viene conociendo una transformación, provocada por la fuerte expansión del colectivo incluido en el mismo y por los profundos cambios derivados tanto de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales, como, en especial, de recientes modificaciones legislativas. En este ámbito, en los últimos meses se ha producido la entrada en vigor de diferentes disposiciones² que han tenido un común denominador –la ampliación de la acción protectora dispensada a los trabajadores por cuenta propia– y que han incidido, básicamente, en los ámbitos de la cobertura de riesgos profesionales, de la mejora de incapacidad temporal (IT) o el reconocimiento de la incapacidad permanente total *cuilificada*, todo ello orientado, además, en el proceso de homogeneización de los Regímenes Especiales con el Régimen General, de acuerdo con las orientaciones contenidas en el Pacto de Toledo³, así como en el Acuerdo Social de 2001⁴. A su vez, esta mejora de la acción protectora –con especial incidencia en los afiliados al Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA)– facilita la convergencia de los diferentes Regímenes que engloban a trabajadores que llevan a cabo su actividad de forma independiente, con el objetivo último de que todos ellos se integren en un Régimen único (en línea con las previsiones de la Recomendación 6ª del Pacto de Toledo y en el apartado VII del Acuerdo Social de 2001).

En este trabajo, se lleva a cabo un análisis del contenido de las disposiciones que recogen esta mejora de la protección, en sus tres vertientes: la cobertura de los riesgos pro-

(1) Vid. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “El RETA se mueve”, *Aranzadi Social*, núm. 5, julio, 2003, págs. 9 y ss.

(2) Estas disposiciones son el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica, el Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, sobre reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente total *cuilificada* para los trabajadores por cuenta propia y el Real Decreto 1273 /2003, de 10 de octubre, sobre cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos y ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

(3) Se conoce como Pacto de Toledo el “Informe elaborado por la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deben acometerse”, aprobado por el Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995. El contenido del Pacto de Toledo se recoge en la publicación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, del mismo título, Madrid, 1995. Un análisis del Pacto de Toledo en BLASCO LAHOZ, F.J.: *La reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo*. Su desarrollo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997; BARRADA RODRÍGUEZ, A. y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La financiación de la protección social. A propósito del Pacto de Toledo*, CES, Madrid, 1997 o SÁNCHEZ FIERRO, J.: “El Pacto de Toledo y la reforma de la Seguridad Social”, *Presupuesto y Gasto Público*, Instituto de Estudios Fiscales, núm. 19, 1996.

(4) Este Acuerdo fue suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y la Mediana Empresa. Un análisis del Acuerdo mencionado en LÓPEZ GANDÍA, J.: “El Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social: la renovación del Pacto de Toledo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 14, abril/junio, 2001; MONEREO PÉREZ, J. L.: “La nueva fase de desarrollo del Pacto de Toledo: el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 2001; PANIZO ROBLES, J.A.; “Comentarios de urgencia al Acuerdo sobre el desarrollo y la mejora del sistema de protección social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 218, mayo, 2001; o PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: “Acuerdo de 9 de abril de 2001, sobre desarrollo del sistema de Seguridad Social como avance y revisión del Pacto de Toledo”, *Información Laboral*, núm. 15, 2001. De igual modo, vid. los artículos contenidos en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (CEF), núm. 230, 2002 y *Foro de Seguridad Social*, núms. 6 y 7, 2002.

fesionales, la ampliación de la protección en el caso de la prestación de IT y la mejora de la pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente total cualificada⁵.

1. LA COBERTURA DE LOS RIESGOS PROFESIONALES EN EL RETA

A) Antecedentes

Una de las diferencias más acusadas del ámbito de protección del RETA⁶ respecto del Régimen General (e, incluso, de la gran mayoría de los Regímenes Especiales) ha consistido en la ausencia de la cobertura de las contingencias profesionales, lo cual no originaba una ausencia de protección cuando el trabajador autónomo sufría un accidente de trabajo o contraía una enfermedad relacionada con su actividad profesional, ya que estas situaciones –dentro de lo que podría conceptuarse como una *consideración conjunta de contingencias*– eran tratadas como un accidente no laboral o una enfermedad común, ya que en este Régimen no cabía distinguir entre unas y otras contingencias⁷.

Esta diferencia de protección encontraba su explicación en el hecho de que con la protección derivada de contingencias profesionales se había producido la *socialización* del riesgo que recae en los empleadores al tener que asumir las consecuencias de los accidentes (o de las enfermedades) acaecidos en el

**LA MEJORA DE LA ACCIÓN
PROTECTORA FACILITA LA
CONVERGENCIA DE LOS
DIFERENTES REGÍMENES
QUE ENGBLAN A
TRABAJADORES QUE
LLEVAN A CABO SU
ACTIVIDAD DE FORMA
INDEPENDIENTE**

(5) No se analizan otras mejoras que han afectado a los trabajadores por cuenta propia, recogidas en el Real Decreto-Ley 2/2003. En este ámbito, puede verse el trabajo de PANIZO ROBLES, J.A.: “La mejora de la protección social de los trabajadores por cuenta propia (Análisis del Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica y del Real Decreto 463/2003, de 25 de abril)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, junio, 2003. El Decreto-Ley se está tramitando en la actualidad, como proyecto de Ley, habiendo sido aprobado el texto en el Congreso de los Diputados.

(6) Un análisis de este Régimen Especial, además de en los Tratados y compendios de Seguridad Social, vid. BALLESTER PASTOR, I.: *Régimen Especial de trabajadores autónomos*. En AAVV (coord. GARCÍA NINET J.I.) *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia, 1998; BLASCO LAHOZ, F.J.: *El Régimen Especial de los Trabajadores autónomos*, Valencia, 1995; BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPARTLER CARRASCO, M.A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Valencia, 2000; CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Regímenes Especiales. El Régimen de trabajadores autónomos*. En AAVV: (coord. MONTOYA MELGAR, A.) *Curso de Seguridad Social*, 2ª ed. Madrid, 2000; CEA AYALA, A. y SERRANO SUÑER, E.: *El Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social*, Madrid, 1995; GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora en el RETA*, Valencia, 2000; PINEYROA DE LA FUENTE, A. J.: *La Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos (La cobertura del RETA)*, Civitas, Madrid, 1995 y VALDES DAL-RÉ, F.: “Estructura del sistema de la Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, Madrid, 1995.

(7) Como pone de manifiesto la jurisprudencia. Vid. STC 38/1995, de 13 de febrero o STS de 26.1.1998, u.d.; en el mismo sentido, STSJ de Valencia de 25 de marzo de 1992. Un análisis del pronunciamiento constitucional en SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA. Y.: “Sobre las desigualdades entre y en los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos”, en ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: “Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social”, Civitas, tomo XIII (1995), págs. 92 y sigs.

ámbito del trabajo sobre los trabajadores a su servicio. Consecuentemente, cuando la actividad se efectuaba en un régimen de independencia, no tenía una lógica protectora la cobertura de tales situaciones que encontraban su protección por la vía de las denominadas contingencias comunes. Sin embargo, esta tesis –válida para todos los trabajadores por cuenta propia⁸– contrastaba con el hecho de que los trabajadores por cuenta propia, incluidos en los Regímenes Especiales Agrario (REASS) y de Trabajadores del Mar (REM) tenían reconocida, dentro del ámbito de protección, la cobertura de los riesgos profesionales⁹.

Este tratamiento diferenciado es objeto de análisis en el Acuerdo Social de 2001 en el que, dentro de las medidas de *convergencia de Regímenes Especiales* (apartado VII) se propone la extensión a los trabajadores incluidos en el RETA de la protección por riesgos profesionales, si bien compensando los mayores gastos que puedan ocasionarse como consecuencia de la ampliación de la cobertura, a través de las correspondientes cotizaciones, medida que se encuentra en línea con la Recomendación 4^a del Pacto de Toledo, respecto de la homogeneización de la acción protectora, cuando se produce una equiparación de la cotización. Estos compromisos político y social se incorporan al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, a través del artículo 40, apartado cuatro de la Ley 53/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (LMFAOS)¹⁰,

(8) No obstante, el fenómeno de *desbordamiento* de los propósitos iniciales de la cobertura de los riesgos profesionales (incorporando a la misma a colectivos sin las características de trabajadores por cuenta ajena) es para algunos una distorsión de una cobertura articulada a través de la responsabilidad de los empleadores que, por definición, no puede alcanzar a las personas que no están sujetas a relación laboral. Vid. MERCADER UGUINA, J. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Trabajo por cuenta ajena y sujeto protegido contra el accidente de trabajo: historia de una divergencia”. En AA.VV.: *Cien años de Seguridad Social: A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo, de 30 de enero de 1900*, Madrid, 2000.

Vid. de igual modo, PALOMEQUE LÓPEZ, C.A.: “El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo”, CRUZ VILLALÓN, J.: “Propuestas para una regulación del trabajo autónomo”, Documento de trabajo, Fundación Alternativas, 2003 o PIÑERO DE LA FUENTE, A.J.: “La protección social del trabajador autónomo: el transplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena, como posible origen de desajustes”, ambos trabajos en *Relaciones Laborales*, núm. 7/8, abril, 2000 y VALDES ALONSO, A.: “El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 26, Madrid, 2000.

(9) Para el REASS, vid. el artículo 34 del texto refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario, aprobado por Decreto 2123/1971, de 23 de julio (LSA) desarrollado por el artículo 20.b) del Reglamento del Régimen Especial Agrario, aprobado por Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre (RSA).

En el caso de los trabajadores por cuenta propia del REM, vid. el artículo 42 texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

(10) Además, en el ámbito comunitario, los Reglamentos de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social (Reglamentos 1408/1971, de 14 de junio y 574/1972, de 21 de marzo) prevén el riesgo profesional de los que desarrollan una actividad profesional de forma amplia y, por tanto, no limitada a la existencia de una relación laboral.

La doctrina viene criticando la habitualidad del recurso a incorporar disposiciones adicionales en la LGSS, introduciendo cambios legislativos de importancia, propiciada por la *desordenada y continua remodelación del sistema de la Seguridad Social* (SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El RETA se mueve”, op. cit., pág. 18. Un análisis de las medidas, en materia de Seguridad Social, recogidas en la Ley 53/2002, en PANIZO ROBLES, J.A.: “La Seguridad Social en el año 2003 (Modificaciones introducidas en las Leyes de Presupuestos y de ‘Acompañamiento’)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Casos Prácticos)*, CEF, febrero, 2003.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

mediante la cual se incluye la Disposición Adicional Trigésima Cuarta LGSS, a través de la cual –y como reza su epígrafe– se procede a la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el RETA¹¹.

Aunque la extensión del *aseguramiento de los riesgos profesionales* a los trabajadores por cuenta propia de la industria y de los servicios se produce en el marco de la convergencia de los Regímenes Especiales con el Régimen General, sin embargo, en la materia que se comenta, no se produce una equiparación entre el RETA y el Régimen General, ya que con la regulación contenida en la LMFAOS se siguen produciendo importantes diferencias entre uno y otro. Por el contrario, sí se produce una asimilación con la ordenación que, sobre la cobertura de las contingencias profesionales, está establecida para el resto de los trabajadores por cuenta propia¹².

De acuerdo con el contenido de la Disposición Adicional indicada, la cobertura de los riesgos profesionales para los trabajadores incluidos en el RETA, se lleva a cabo en la forma siguiente¹³:

a) Dichos trabajadores pueden tener derecho a las prestaciones, derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional. Ahora bien, frente a lo que sucede con los demás trabajadores por cuenta propia, respecto de los cuales –y salvo el caso de la IT– la cobertura de las contingencias profesionales se incluye dentro del ámbito obligatorio de protección, en el caso del RETA la extensión indicada adquiere carácter voluntario, pudiendo los interesados optar entre tener o no dicha cobertura.

No obstante, para que pueda llevarse a cabo esa opción es requisito que los interesados hayan optado, bien con carácter previo o de forma simultánea, por dar cobertura a la

(11) Teniendo en cuenta que la regulación del RETA se contiene en disposición reglamentaria, no hubiese sido necesario norma con rango de Ley, en orden a la indicada extensión de la protección, siendo suficiente con norma reglamentaria (como se efectúa en el caso de la extensión, en dicho Régimen, de la incapacidad permanente total *cuilificada*). Sin embargo, la norma con rango de Ley es exigible desde el momento en que la ampliación de la cobertura protectora va acompañada de la exigencia de una cotización adicional, dado que el establecimiento de las cotizaciones sociales, en cuanto prestaciones patrimoniales públicas, precisan de norma legal, de acuerdo con una doctrina, que ya puede considerarse consolidada, derivada del Tribunal Supremo.

(12) La extensión de la cobertura de los riesgos profesionales a todos los trabajadores por cuenta propia pone de manifiesto una contradicción existente en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social española, como es la existencia de trabajos laborales y por cuenta ajena que no dan lugar a la protección –como es el caso de las actividades por cuenta ajena en el servicio doméstico– mientras que a actividades por cuenta propia se les da dicha protección.

(13) Un análisis de la reforma operada por la Disposición Adicional Trigésima Cuarta LGSS en MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: “La extensión de la acción protectora por contingencias profesionales al Régimen Especial de Autónomos”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, marzo, 2003 y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos (artículo 40.cuatro de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre)”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, marzo, 2003.

prestación de IT, derivada de contingencias comunes, en los términos contenidos en la Disposición Adicional Undécima LGGS¹⁴, así como en el RIA¹⁵.

b) Siguiendo el antecedente de los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el REASS o en el REM, el apartado 1 de la Disposición Adicional Trigésima Cuarta LGSS delimita el concepto de accidente de trabajo para los trabajadores por cuenta propia del RETA, entendiéndose por tal el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de dicho Régimen Especial¹⁶.

El concepto de accidente de trabajo separa la regulación del RETA de la contenida en el artículo 115 LGSS¹⁷, para los trabajadores por cuenta ajena, ya que, aunque en la delimitación contenida en el RETA es posible diferenciar los elementos propios del concepto de accidente de trabajo, sin embargo sus caracteres son distintos y desde luego más restrictivos que para los trabajadores por cuenta ajena, acercándolos a los establecidos en el Régimen Agrario¹⁸. Desde luego, la eliminación de la ocasionalidad, dentro de los elementos constitutivos del accidente de trabajo, produce el efecto de que no puedan configurarse como accidente de trabajo algunos supuestos que, por el contrario, sí gozan de dicho beneficio respecto de los trabajadores por cuenta ajena (como sucede, por ejemplo, con el denominado accidente *in itinere*).

En el mismo sentido, la norma legal considera como enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia que esté provocada por la acción de los elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales en relación a las principales actividades capaces de producir las anexa al Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro

(14) En la implantación del RETA, la acción protectora excluía la cobertura de la IT. Mediante el RD 1174/1978, se incorporó esta cobertura, si bien de forma voluntaria, de manera que los interesados podían elegir, por períodos anuales, esta prestación: en una etapa posterior –RD 43/1984, de 4 de enero– la prestación de IT (al igual que la asistencia sanitaria que también tenía las características de prestación de cobertura voluntaria) pasa a constituir parte del ámbito obligatorio de la protección. Por último, en el artículo 104.Cuatro de la Ley 21/1993, de 29 de diciembre (cuyo contenido pasó a la Disposición Adicional Undécima LGSS) se vuelve a constituir la IT como prestación de cobertura voluntaria, en los términos contenidos en el RD 2110/1994 y en el Reglamento de inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variación de datos de los trabajadores.

(15) Reglamento de inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variación de datos de los trabajadores, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero (RIA).

(16) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Adicional Trigésima Cuarta LGSS: “se entiende por accidente de trabajo del trabajador autónomo el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta, y que determina su inclusión en el campo de aplicación de dicho Régimen Especial”.

(17) Un análisis del concepto de accidente de trabajo en ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 57 y sigs.; DESDENTADO BONETE, A. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la jurisprudencia (1900-2000). Revisión crítica y propuesta de reforma”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 24, 2000; GARCÍA ORTEGA, J.: “El accidente de trabajo (Actualidad de un centenario)”, *Tribuna Social*, núm. 109, 2000. Con carácter general, vid. los artículos contenidos en la publicación *Cien años de Seguridad Social*, publicado por FRATERNIDA-MUPRESA, Madrid, 2000.

(18) Artículo 31.4 LSA.

de enfermedades profesionales en el Sistema de Seguridad Social. En este ámbito, y frente a lo que ocurre con el accidente de trabajo, la delimitación de la enfermedad profesional para los incluidos en el RETA es similar a la usada para los trabajadores por cuenta ajena (así como para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REASS¹⁹ y en el REM²⁰). De ahí que la doctrina entienda que, respecto de las enfermedades profesionales en el RETA, será de aplicación la interpretación efectuada por la jurisprudencia y la doctrina, respectos de los trabajadores con contrato laboral²¹.

c) Por las contingencias indicadas, se han de reconocer las prestaciones establecidas en el Régimen General, si bien en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. En consecuencia —y aunque los términos de la acción protectora han de reflejarse en las disposiciones reglamentarias— por imperativo legal la acción protectora de los trabajadores del RETA que opten por la cobertura de las contingencias profesionales ha de comprender: la asistencia sanitaria y farmacéutica; subsidio por IT; prestaciones por incapacidad permanente; las prestaciones por muerte y supervivencia e indemnizaciones a tanto alzado por lesiones derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional que no causen incapacidad.

d) Respecto a la gestión, el apartado 3 de la Adicional Trigésima Cuarta LGSS precisa que la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se llevará a cabo con la misma Entidad, gestora o colaboradora, con la que se haya formalizado la cobertura de la incapacidad temporal²².

e) En todo caso, la mejora de la acción protectora señalada determina la obligación de efectuar las correspondientes cotizaciones, en los términos previstos en la propia Adicional

**LA MEJORA DE LA
COBERTURA DE
LAS CONTINGENCIAS
PROFESIONALES EN EL
RETA ADQUIERE CARÁCTER
VOLUNTARIO, PERO
CONDICIONADO A QUE EL
INTERESADO HAYA OPTADO
POR DAR COBERTURA A
LA PRESTACIÓN DE
INCAPACIDAD TEMPORAL**

(19) Artículos 31.4 LSA y 45.2 de su Reglamento.

(20) Artículo 41.2 del texto refundido del REM.

(21) Vid. MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: *op. cit.*, pág. 149. Un análisis de la enfermedad profesional en DESDENTADO BONETE, A.: "Concepto de enfermedad profesional" en *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, T. I, Granada, Edit. Comares, 1999 y MORENO CÁLIZ, S.: "Aproximación al concepto de enfermedad profesional", *Tribuna Social*, núm. 131, 2001.

(22) Un análisis de la incidencia de la Mutuas en la gestión de la IT, en CAMAS RODA, F.: "La Incapacidad temporal; objeto y consecuencias de las últimas reformas legislativas", *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1999; CRUZVILLALÓN, J.: "El nuevo régimen de gestión por las Mutuas de la Seguridad Social en la prestación económica por incapacidad temporal", *Relaciones Laborales*, núm. 4, 1996; MARTÍNEZ-MACHUCA GIJÓN M.A.: "La gestión de la incapacidad temporal por las Mutuas", *Relaciones Laborales*, núm. 3, Madrid, febrero, 2001, PASTOR BODMER, A.: "La gestión de la incapacidad temporal en España", *Documentación Laboral*, núm. 65, 2001; PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J.: "La nueva regulación de la gestión de la Seguridad Social: las Mutuas de Accidentes de Trabajo y las Enfermedades Profesionales y la incapacidad temporal", *Relaciones Laborales*, núm. 14, 1997 y TORTUERO PLAZA, J.L.: "Las Mutuas y la incapacidad temporal", *Tribuna Social*, núm. 100, abril, 1999.

Trigésimo Cuarta LGSS, de modo que, para la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se han de aplicar los epígrafes específicos y los porcentajes que se determinen por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para su inclusión en la tarifa de primas, aprobada por el Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre²³. Los porcentajes se aplican sobre la base de cotización elegida por el interesado. Además, precisa el texto legal que el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales apruebe la correspondiente clasificación de los trabajadores autónomos por actividades económicas y epígrafes aplicables para su inclusión en el indicado Decreto²⁴.

Las previsiones legales contenidas en la Disposición Adicional Trigésima Cuarta LGSS precisaban para su aplicación del desarrollo reglamentario, el cual está constituido por el Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre (RDATP) cuyo análisis se recoge en los siguientes apartados.

B) La formalización de la opción de los trabajadores por cuenta propia para la cobertura de las contingencias profesionales

La mejora de la cobertura de las contingencias profesionales en el RETA adquiere carácter voluntario, pero condicionado: voluntario, en cuanto que el trabajador por cuenta propia puede elegir entre dar cobertura o no a las contingencias profesionales; condicionado, ya que dicha opción ha de venir precedida por otra elección previa (o simultánea) consistente en que el interesado haya optado, conforme a las normas reguladoras del RETA, por dar cobertura a la prestación de incapacidad temporal (IT).

En consecuencia, del juego de las dos opciones indicadas, pueden darse en la realidad varias situaciones, como son:

– Los trabajadores por cuenta propia que elijan la exclusión de la IT derivada de contingencias comunes. En consecuencia, tienen derecho a la globalidad de las prestaciones derivadas de tales contingencias, salvo la referente a dicho subsidio, sin que la protección se extienda a las contingencias profesionales.

– Los trabajadores que elijan o mantengan la opción por la IT, derivada de contingencias comunes, pero que no se acojan a la mejora por contingencias profesionales. Estos colectivos tienen una protección global, sin que se efectúe una diferenciación entre contingencias comunes o profesionales, de modo que acaecido un accidente relacionado con el trabajo desempeñado o contraída una enfermedad, netamente profesional, los mismos serán considerados, respectivamente, como accidente no laboral y enfermedad común.

(23) La STS de 12 de noviembre de 1983 declaró conforme a la legalidad la tarifa de primas contenida en el Decreto 2930/1979.

(24) No obstante la Disposición Adicional Trigésima Cuarta LGSS se ha completado previamente, en el ámbito de la cotización, por el Real Decreto-Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica (DLRE). Un análisis del mismo en PANIZO ROBLES. J. A.: “La mejora del ámbito de la acción protectora ...”, *op. cit.*

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

– Por último, los trabajadores con un ámbito de acción protectora integral, al optar por la IT derivada de contingencias comunes y, asimismo, por efectuar la mejora de las contingencias profesionales.

La voluntariedad en la cobertura de las contingencias profesionales (al igual que sucede con la IT) constituye una disfuncionalidad dentro de un sistema público de Seguridad Social, basado en la solidaridad, en la unidad y en la cobertura a las personas comprendidas en su ámbito de aplicación, frente a las contingencias. Además, si la medida se incluye dentro de la convergencia de los Regímenes Especiales, la voluntariedad en la cobertura de las contingencias profesionales en el RETA contrasta con la regulación que, en esta cuestión, se ofrece a los demás trabajadores por cuenta propia (incluidos en el REASS o el REM) para quienes la cobertura de tales contingencias adquiere carácter obligatorio.

La nueva regulación respecto de las contingencias profesionales podría entenderse como una modificación del *statu quo* que, respecto de las contingencias protegidas, se recoge en el RETA. Como se ha señalado, en los momentos actuales, ante la existencia de un accidente laboral o de una enfermedad profesional, el interesado encontraba una protección adecuada, ya que no se investigaba el origen de la contingencia; ahora bien, una vez implantada la cobertura de los riesgos profesionales, si el interesado no opta por dar cobertura a tales riesgos, podría entenderse que el trabajador queda desprotegido, si solicitase una prestación por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, al no tener tal cobertura contra los riesgos profesionales. Frente a esta eventual interpretación, se entiende que, ante la ausencia de cobertura específica por los riesgos profesionales, opera la regulación anterior, es decir, que existirá una cobertura integral de las contingencias, si bien a través de la menor protección de las denominadas contingencias comunes²⁵.

Para posibilitar la aplicación de las previsiones legales, y de acuerdo con las mismas, el artículo 1 RDATP introduce unas modificaciones en el RIA, dando nueva redacción a los apartados 2 y 3 del artículo 47, de la siguiente forma:

– Manteniendo la regulación anterior²⁶, se establece que los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA, en el momento de solicitar el alta en el mismo, pueden acogerse de forma voluntaria a la cobertura de la IT, la cual surte efectos desde la fecha del alta²⁷. En el caso de que no se haya optado por la cobertura de la IT, solamente puede variarse el sentido de la opción, una vez transcurridos 3 años naturales desde la fecha de efectos del alta. Tras este período de espera, la solicitud de cobertura de IT ha de formu-

(25) Parte de la doctrina ha entendido que el carácter voluntario de la cobertura de las contingencias profesionales tiene una justificación puramente económico-financiera, en el sentido de que se trataría de no sobrecargar, en exceso, el peso de las cotizaciones que se abonan en el RETA. Vid. MARTÍNEZ LUCAS, *op. cit.*, pág. 152.

(26) Contenida en el artículo 47.2 RIA.

(27) Estos efectos se entienden sin perjuicio de lo establecido en el apartado 35.3 RIA, respecto de la cotización, ya que la misma se extiende desde el día 1º del mes natural en que concurran en el interesado las condiciones y requisitos de incorporación al RETA.

larse por escrito, antes del día primero del mes de octubre de cada año, surtiendo efectos desde el día primero del mes de enero del año siguiente²⁸.

La renuncia no impide que, en el futuro, se pueda ejercer de nuevo la opción, si bien ha de haber transcurrido un nuevo período de 3 años.

Efectuada la opción a favor de la cobertura de IT, los derechos y obligaciones derivados de tal circunstancia son exigibles por un período mínimo de tres años, computados por años naturales completos, que se prorroga automáticamente por períodos de igual duración, salvo modificación de la opción.

La opción lleva consigo otra elección adicional, respecto de la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social con la que formalizar la cobertura de la IT, estando obligada la Mutua a aceptarla²⁹. Hay que tener en cuenta que, conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (LMFAOS) los trabajadores por cuenta propia, en el caso de optar por la cobertura de la IT, la gestión de esta prestación corresponde, en exclusiva, a las Mutuas, pudiendo el interesado elegir entre ellas³⁰.

– De igual modo, el RDATP³¹ establece las disposiciones reglamentarias en orden a la opción por la cobertura de las contingencias profesionales, estableciendo las siguientes reglas:

– Los trabajadores incluidos en el RETA, que hayan optado por incluir, dentro del ámbito de la acción protectora, la cobertura de la IT, pueden elegir, también de forma voluntaria, incorporar la cobertura de las contingencias profesionales, cobertura que se lleva a cabo por la misma Entidad –Mutua– que gestione la IT³². Por ello, la renuncia a la cobertura de la IT origina automáticamente la renuncia a la protección por contingencias profesionales.

(28) Este mismo plazo –solicitud antes del 1º de octubre de un año, con efecto desde el 1º de enero siguiente– se utiliza, de igual modo, para la elección de las bases de cotización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (RGCL).

(29) De acuerdo con lo previsto en los artículos 74 y 75 del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre (RMUT).

(30) Únicamente, los trabajadores por cuenta propia, que hubiesen optado por la cobertura de IT, antes del 1º de enero de 1998 –fecha de entrada en vigor de la Ley 66/1997– y que hubiesen optado, a efectos de la gestión de la IT, por el INSS, pueden seguir con dicha Entidad o elegir una Mutua. Ahora bien, si efectúan esta elección, ya no podrán volver a la gestión del INSS. Un análisis del contenido de la Disposición Adicional Decimocuarta LMFAOS (1998) en PANIZO ROBLES, J.A.: “Novedades en materia de Seguridad Social incluidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 1998”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 180, marzo, 1998.

(31) A través de la nueva redacción del apartado 3 del artículo 47 RIA.

(32) En tal sentido, la Disposición Transitoria Segunda RDATP prevé que los trabajadores que, antes del 1º de enero de 1998, hubiesen elegido a la Entidad Gestora –INSS– para la cobertura de la IT, mantendrán dicha opción respecto de la cobertura de las contingencias profesionales.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

- La opción por la cobertura de las contingencias profesionales (así como su renuncia) se lleva a cabo en la forma y en los plazos señalados para la IT. De ello, se derivan las siguientes circunstancias:

Si se produce un cambio en la opción respecto de una determinada Mutua, la fecha de los efectos de la opción de cobertura de la IT y de las contingencias profesionales o los de la renuncia a la cobertura de los mismos, coincide con la fecha de efectos del cambio de Mutua.

Si la fecha de efectos de las opciones de cobertura (o las renunciaciones) a la protección de la IT o de las contingencias profesionales, no coincide con la fecha de efectos del cambio de Mutua, la fecha de efectos de las opciones de cobertura de la IT o de las indicadas contingencias profesionales son, la del 1º de enero del año siguiente al de la formulación de la opción o el último día del mes de diciembre del ejercicio, en que se presente la renuncia.

- Si, en el momento en que se produzca la opción por las contingencias profesionales, la renuncia de las mismas o, en su caso, la modificación de la Mutua que gestione las correspondientes prestaciones, el interesado se encuentra en situación de IT, los efectos de la opción o del cambio de Entidad se retrasan al día primero del mes siguiente a aquél en que se produzca el alta médica; por su parte, la renuncia a las contingencias profesionales surte efectos el último día del mes en que tenga lugar el alta médica³³.

- Respecto de los trabajadores por cuenta propia que, en 1º de enero de 2004 (fecha de entrada en vigor del RDATA, en estos ámbitos) hubiesen elegido por la cobertura de IT, la Disposición Adicional de aquél establece las oportunas prescripciones para posibilitar la elección por la cobertura de contingencias profesionales, sin tener que esperar a los plazos ordinarios previstos en el artículo 47 RIA. En tal sentido, los interesados pueden optar por la cobertura por los riesgos profesionales, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de

**EL ESFUERZO DE COTIZACIÓN
NECESARIO PARA
LA COBERTURA DE
LAS CONTINGENCIAS
PROFESIONALES VA A SER
IMPORTANTE: CERCA
DE NUEVE PUNTOS
DE COTIZACIÓN**

(33) La regulación señalada tiene como finalidad evitar que, de forma simultánea, se perciba una prestación (como consecuencia de un proceso de IT) y se reduzca la cotización. Esta regulación contrasta con la práctica administrativa (basada en los reiterados pronunciamientos del Tribunal Supremo) de mantener el percibo de una prestación de IT, aunque se extinga el contrato de trabajo o, en su caso, se cese en la actividad por cuenta propia, con la correspondiente baja en el Régimen.

entrada en vigor del RDATP) surtiendo efectos la opción desde el mismo día en que aquélla se produzca (Disposición Transitoria Primera)³⁴.

C) Las exigencias de la cotización, como compensación a la mejora de la acción protectora

La Disposición Adicional Trigésima Cuarta LGSS condiciona la cobertura de las contingencias profesionales, por parte de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA, a las correspondientes cotizaciones, las cuales y frente a lo que sucede en el caso de los trabajadores por cuenta ajena (respecto de los cuales, estas cotizaciones corren por cuenta exclusiva del empleador) han de ser soportadas por los interesados.

El artículo 3 DLRE efectúa una modificación importante, respecto de las previsiones contenidas en la adicional Trigésima Cuarta LGSS, ya que si en ésta se facultaba al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para el establecimiento de los epígrafes correspondientes, en dicho artículo se establecen los distintos epígrafes de tarifas de primas, para la cotización de accidentes de trabajo de los trabajadores incluidos en el RETA, en función de las diferentes actividades económicas realizadas por los mismos, agrupando las diferentes actividades realizadas por los interesados dentro de tales epígrafes en el modo que se refleja en el Anexo 2 del RD 2939/1979 (en la redacción dada por el artículo 7 DLRE)³⁵.

Teniendo en cuenta los tipos de cotización establecidos, no cabe duda que el esfuerzo de cotización necesario para la cobertura de las contingencias profesionales va a ser importante (cerca de 9 puntos de cotización) lo cual produce las siguientes reflexiones:

– En primer lugar, el hecho de que, en el caso del RETA, no se haya utilizado el precedente del REASS, en el que, al menos en el caso de trabajadores por cuenta propia, la cotización se efectúa por una prima fija (consistente en el 1 por ciento, incrementada en el 0,5 por ciento, cuando se ha producido la opción voluntaria de la IT, porcentaje que, a partir de 1 de noviembre de 2004, pasa a ser el 0,65 por ciento). Aunque es cierto que en el RETA exista una gama muy variada de actividades que, en razón de su naturaleza y características, pueden provocar una diferente incidencia en la frecuencia de accidentes de trabajo, podría haberse utilizado la alternativa del establecimiento de una prima

(34) Hay que tener en cuenta que, frente a lo que sucede con el resto del RDATP, cuya entrada en vigor se produce el día primero del mes siguiente al de su publicación en el BOE, respecto de la regulación referente a la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA, la vigencia de aquél se producirá a partir del 1º de enero de 2004. En consecuencia, los trabajadores autónomos, en alta en el RETA en la indicada fecha y que ya hubiesen optado por la cobertura de la IT, pueden optar, a su vez, por la cobertura por los riesgos profesionales hasta el 29 de febrero de 2004, surtiendo efectos esta última opción desde la fecha en que la misma se produzca y hasta el día en que finalice la opción por IT, aunque el período entre ambas fechas no comprenda tres años

(35) En el anexo de este trabajo se recogen los epígrafes aprobados, así como las diferentes actividades que se incluyen en cada uno de los epígrafes.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

media, que, basada en el principio de solidaridad, hubiese minorado la incidencia de la cotización para algunos sectores y actividades³⁶.

– A su vez, y a la vista del esfuerzo de cotización, es probable que, en la realidad de los hechos, la cobertura de las contingencias profesionales no sea muy importante, si se pone en relación el esfuerzo de cotización respecto de la mejora que se puede alcanzar, a través de la consideración de una determinada situación protegida, como derivada de contingencia profesional³⁷.

Toda vez que, en el caso de los trabajadores por cuenta propia, no existen salarios o remuneraciones (como sucede en el caso de los trabajadores por cuenta ajena) los correspondientes tipos de cotización se aplican sobre las bases de cotización por las que haya optado el interesado, dentro de las bases máximas y mínimas que fije la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado³⁸.

De acuerdo con las previsiones contenidas en los artículos 44 y 45³⁹ RGCL, en la redacción que incorpora el artículo 2 RDATP, la cotización de los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el RETA, a efectos de las contingencias profesionales, se lleva a cabo del modo siguiente:

– Se establece (artículo 44 RGCL) la obligación de los interesados de cotizar por las contingencias profesionales, cuando hayan efectuado la opción por dar cobertura a las mismas.

– La cotización (artículo 45.4 RGCL) se efectúa sobre la misma base de cotización que haya elegido el interesado, a la que se aplican los porcentajes fijados en el anejo 2 del Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre.

– Si el interesado (por acreditar 65 o más años de edad y 35 de cotización) está exento de cotizar, en los términos establecidos por la Disposición Adicional Trigésima Segunda LGSS⁴⁰,

(36) Existen actividades (por ejemplo, las contenidas en los grupos 02 o 05 del Anejo 2 del Decreto 2930/1979, en la redacción dada por el DLRE) en las que la cotización por contingencias profesionales, realizadas desde una actividad por cuenta propia, se triplica en el RETA frente a la cotización en el REASS.

(37) Esta mejora consistirá, básicamente, en la eliminación de los períodos de cotización, en el caso de las prestaciones de incapacidad y por muerte y supervivencia, derivadas unas y otras de enfermedad profesional, así como las prestaciones a tanto alzado. Teniendo en cuenta la forma de cotización en el RETA, las diferencias en el cálculo de la base reguladora de las prestaciones económicas serán poco apreciables.

(38) En el año 2003, la base máxima de cotización en el RETA se sitúa en 2.652 euros mensuales, mientras que la base mínima se sitúa en 740,70 euros mensuales (conforme al artículo 81 de la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, desarrollado por la Orden TAS/118/2003, de 31 de enero).

(39) Apartados 4, 5 y 6.

(40) En la redacción incorporada por el artículo 13 de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible De acuerdo con la misma, y dentro de los objetivos de fortalecer el mantenimiento en la actividad de los trabajadores de edad –incluidos en las orientaciones de las Organizaciones internacionales, así como en el Acuerdo Social de 2001–, se prevé que los trabajadores por cuenta propia que permanezcan en la actividad –y consiguientemente, de alta en el respectivo Régimen de la Seguridad Social– quedan exentos de cotizar a la Seguridad Social, salvo en lo que se refiere a la prestación de IT y a las contingencias profesionales. Un análisis de esta

se mantiene la obligación de cotizar por las contingencias profesionales (al igual que por la prestación de IT) hasta la fecha de efectos de la renuncia a dicha cobertura o de la de baja en el RETA.

D) La mejora de la acción protectora

A partir del 1 de enero de 2004, se hace efectivo el *autoaseguramiento* del trabajador autónomo frente a los riesgos profesionales⁴¹, de modo que la opción por la cobertura de las contingencias profesionales, así como la exigencia de la correspondiente cotización, origina, como contrapartida, que los autónomos puedan tener derecho a las prestaciones que conforman la protección específica de los riesgos profesionales. Con esta cobertura se produce una mayor homogeneización del RETA con el Régimen General, al tiempo que una mayor convergencia de la acción protectora dispensada a la globalidad de los trabajadores por cuenta propia. No obstante, esta equiparación con el Régimen General no es total, ya que:

– Los conceptos de accidente de trabajo (y en menor medida, la de enfermedad profesional) son más restrictivos que los previstos para el Régimen General, como se analizará más adelante.

– No resulta de aplicación el alta presunta, establecida para los trabajadores por cuenta ajena, ni, como consecuencia de ello, el principio de automaticidad absoluta de las prestaciones, puesto que se precisa que el trabajador, para poder percibir las correspondientes prestaciones, se encuentre al corriente en sus obligaciones para con la Seguridad Social.

– A su vez, la gestión de las contingencias profesionales corresponde en exclusiva a las Mutuas (salvo en el caso específico de los trabajadores que, a efectos de la IT, hubiesen elegido –antes del 1 de enero de 1998– para la cobertura de la prestación, al INSS, respecto del que mantienen la opción a efecto de la gestión de las contingencias profesionales) mientras que, respecto de los trabajadores por cuenta ajena, la empresa puede optar entre la Mutua o la Entidad Gestora –el Instituto Nacional de la Seguridad Social–⁴².

medida en PANIZO ROBLES: “La Seguridad Social en el año 2002 (Comentario a las Leyes de Presupuestos y de Acompañamiento, así como al Real Decreto-Ley 16/2001), sobre jubilación flexible”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, febrero, 2002 y “La jubilación flexible: últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de la Seguridad Social por jubilación”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, febrero, 2002 y TORTUERO PLAZA, J.: *Jubilación forzosa versus jubilación flexible*, Madrid, Civitas, 2002.

(41) Este autoaseguramiento ya estaba previsto en el Reglamento de Accidentes de Trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1996, cuyo artículo 13 preveía que el patrono, y las personas de su familia dependientes de él, que viviesen bajo el mismo techo, sin percibir remuneración en concepto de trabajadores, y que trabajasen personalmente, podrían estar incluidos, de modo facultativo en la póliza que asegurase los riesgos de accidente de trabajo, mediante declaración expresa en la misma. Este seguro facultativo había quedado sin efectos, como consecuencia de la implantación del RETA, ya que la previsión anterior no se incluyó en el Decreto 2530/1970, regulador de aquél.

(42) Si bien, de forma mayoritaria la gestión de los riesgos profesionales, en caso de los trabajadores por cuenta ajena, es ejercida por las Mutuas. De acuerdo con los datos correspondientes a diciembre de 2002, del total de trabajadores por cuenta ajena, el 94 por ciento es gestionado por el sector de las Mutuas.

a) Contingencias protegidas y prestaciones

El artículo 3 RDATP precisa que, en el RETA, las prestaciones originadas por las contingencias profesionales se han de reconocer en la misma extensión, forma, términos y condiciones que en el Régimen General, si bien esta declaración *genérica* se completa con la precisión de que en el reconocimiento de las correspondientes prestaciones habrán de tenerse en cuenta las particularidades que el propio Reglamento prevé.

Para la delimitación de las propias contingencias, la disposición reglamentaria efectúa un desarrollo de las previsiones legales, ya que al tiempo que define el concepto de accidente de trabajo (reproduciendo la redacción contenida en la Adicional Trigésima Cuarta LGSS) lista los diferentes supuestos que dan lugar a accidente de trabajo, al tiempo que señala otros que no tienen tal consideración.

a') El accidente de trabajo

La Adicional Trigésima Cuarta LGSS no remite al Régimen General para efectuar una delimitación del accidente de trabajo en el RETA, sino que lo define de forma expresa⁴³, con una configuración que lo aleja en parte del citado Régimen, aproximándolo a las definiciones contenidas para el resto de los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el REASS⁴⁴ y en REM⁴⁵.

A pesar de la cortedad de la definición de accidente de trabajo, sin embargo es posible deslindar los elementos que configuran el mismo, como son la existencia de una lesión, la realización de un trabajo y la relación entre ambos.

– Respecto del primer elemento –la lesión– y dado que la Adicional Trigésima Cuarta no hace referencia a la expresión *lesión corporal*, hay que entender que tiene cabida tanto aquélla

SE TIENDE A UNA HOMOGENEIZACIÓN DEL RETA Y EL RÉGIMEN GENERAL, SIN EMBARGO, LOS CONCEPTOS “ACCIDENTE DE TRABAJO” Y “ENFERMEDAD PROFESIONAL” SON MÁS RESTRICTIVOS EN EL PRIMERO QUE EN EL SEGUNDO

(43) Conforme a la Adicional Trigésima Cuarta.1 LGSS y, a los efectos del RETA se entiende por accidente de trabajo del trabajador autónomo “... el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realiza por su propia cuenta y que determina su inclusión en el campo de aplicación de dicho Régimen Especial”.

(44) De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.4 LSA y a los efectos del Régimen Agrario, se entiende por accidente de trabajo de los trabajadores por cuenta propia “... el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realicen y que determine su inclusión en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, en la explotación de que sean titulares”.

(45) A su vez, respecto de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REM, el artículo 41.2 del texto refundido de la legislación de dicho Régimen Especial, considera como accidente de trabajo “... el ocurrido como consecuencia directa e inmediata del trabajo que realicen por su cuenta y que determine su inclusión en el Régimen Especial...”.

como las enfermedades, *debiendo aplicarse, en consecuencia, la doctrina científica y jurisprudencial*⁴⁶ que sobre la misma se haya formulado en relación con el Régimen General de la Seguridad Social⁴⁷. Por ello, tendrán la consideración de accidentes de trabajo, aquellas enfermedades que, sin tener la naturaleza de enfermedad profesional, se contraigan a causa de la realización del trabajo, con la condición de que la enfermedad trae su origen en la ejecución de dicho trabajo⁴⁸.

Para que pueda aparecer un accidente de trabajo, al menos a efectos de la protección de la Seguridad Social, no basta con que concurra una lesión, sino que es preciso que la misma guarde una relación con el trabajo, determinante de la inclusión del autónomo en el RETA.

– El hecho de que el accidente de trabajo se ligue a la actividad que da lugar a la inclusión en el Régimen Especial, podría traer indudables consecuencias en la delimitación de un accidente de trabajo. Hay que tener en cuenta que un autónomo puede realizar una pluralidad de actividades por cuenta propia; pero, frente a lo que sucede en el Régimen General (en el que para cada una de las actividades realizadas es obligatoria el alta), en el RETA, cuando concurre una situación de pluriactividad únicamente procede un alta, en función de la actividad que elija el interesado⁴⁹. Consecuentemente, podría entenderse que, para que nazca el accidente de trabajo la lesión ha debido producirse en la actividad por la que el interesado se encuentra dado de alta en el RETA, por lo que, de producirse en una actividad diferente, la protección se otorgaría a través de las denominadas contingencias comunes.

– El último elemento configurador del accidente de trabajo es la existencia de una relación de causalidad entre la lesión sufrida y la realización de la actividad, relación que en el artículo 115.2 se refiere a que la lesión haya acaecido *como consecuencia o con ocasión* (de la realización del trabajo por cuenta ajena).

Sin embargo, en el RETA la delimitación es más restrictiva, ya que en la definición legal no figura la expresión *con ocasión*, sino únicamente *como consecuencia del trabajo*, consecuencia que, además, habrá de ser *directa e inmediata*. La exigencia de esta relación de causalidad está relacionada con los elementos definitorios del propio concepto de trabajador autónomo,

(46) Por ejemplo, la STS de 27 de octubre de 1992, para la que el término lesión, utilizado en el artículo 15 LGSS, no cabe entenderlo en un sentido estricto, sino como cualquier menoscabo físico o fisiológico que afecte al trabajador y tenga incidencia en su ámbito funcional.

(47) Como pone de relieve MARTÍNEZ LUCAS, J. M.: *La extensión ...*, *op. cit.*, pág. 138. Para este autor esa aplicación vendría dada, asimismo, por la previsión legal –artículo 10 LGSS, apartados 4 y 5– de que en la regulación de los Regímenes Especiales se tienda a la máxima homogeneidad con el Régimen General.

(48) Respecto de las enfermedades del trabajo, *vid.* MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las enfermedades del trabajo*, León, 2001.

(49) Artículos 7 y 47 RIA.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

a efectos de su inclusión en el RETA, ya que únicamente lo son quienes llevan a cabo una actividad económica y a título lucrativo, pero de forma habitual, personal y directa⁵⁰.

– De acuerdo con los criterios indicados, el artículo 3.3 precisa los supuestos que tienen también la configuración de accidente laboral, como son:

- Los acaecidos en actos de salvamento y otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo. Este supuesto guarda relación con el contenido del artículo 115.2.d) LGSS y su configuración como accidente de trabajo parece claro, en cuanto que dichos actos deben tener conexión con la actividad por cuenta propia.

- Las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, cuando se pruebe la conexión con el trabajo realizado por cuenta propia. Este supuesto se corresponde con el contenido del artículo 115.3 LGSS, si bien desaparece la presunción de certeza (que aparece respecto de los trabajadores por cuenta ajena) por lo que para la configuración como accidente laboral no basta que el accidente haya ocurrido en el tiempo y/o en el lugar del trabajo, sino que el interesado deberá probar que el mismo es consecuencia directa e inmediata con la actividad desarrollada por cuenta propia y que es determinante de su inclusión en el RETA⁵¹.

- Las enfermedades, que no tengan la calificación de enfermedades profesionales, siempre que se contraigan por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo y a condición de que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. El supuesto se corresponde con el artículo 115.2.e) LGSS y, dada la conexión entre la enfermedad y el trabajo, se entiende que ha de proceder la declaración de accidente laboral.

- Las enfermedades o defectos padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Se corresponde con el contenido del artículo 115.2.f) LGSS.

- Por último, las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación. El supuesto se corresponde con el artículo 115.2.g) LGSS.

(50) Estas exigencias hacen difícil aplicar a los trabajadores por cuenta propia, los criterios de la jurisprudencia, respecto de la concepción, como accidentes de trabajo o los accidentes en misión.

(51) Uno de los ejemplos de la casuística producida en la aplicación del artículo 115.3 LGSS es el accidente de miocardio, dado, por una parte, que no se trata de una lesión corporal súbita o repentina y, de otra, que sobreviene con frecuencia fuera del lugar y el tiempo de trabajo. Aun así, desde la STS de 2 de diciembre de 1969, se ha posibilitado considerar el infarto como accidente de trabajo: además, si el mismo sucede en el tiempo y en lugar de trabajo, se reafirma su naturaleza de accidente de trabajo (SSTS de 4 de julio de 1995, 14 de diciembre de 1998, 11 de julio de 2000 o 24 de septiembre de 2001).

• Frente a este listado positivo, en el artículo 3.3 se hacen figurar otros supuestos en los que, aún producido un accidente, el mismo no tiene la consideración de accidente laboral. Supuestos en los que se incluyen los siguientes:

• Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar del trabajo (o accidente *in itinere*)⁵². La exigencia de que, para su calificación como laboral, el accidente traiga su causa inmediata y directa en la actividad desarrollada, y la consiguiente supresión del principio de *ocasionalidad*, justifica esta exclusión, que es semejante a la que también existe en los trabajadores por cuenta propia del REASS⁵³.

No obstante esta exclusión seguramente será fuente de incertidumbre y de litigios, pues con frecuencia será difícil deslindar entre un accidente *in itinere* y un accidente de trabajo “*en misión*”⁵⁴.

• Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por ésta la que sea de tal naturaleza que ninguna relación guarde con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente. En ningún caso, se considera fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza. Es el mismo supuesto de exclusión previsto, en el Régimen General, en el artículo 115.4.a) LGSS.

• Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador, en línea con lo que sucede para los trabajadores por cuenta ajena, en virtud de lo previsto en el artículo 115.4.b) LGSS.

Por último, el apartado 4 del artículo 3 RDTAP– que tiene su antecedente en el apartado 5 del artículo 115 LGSS– prevé un supuesto que, de acaecer, no impide la calificación de sus consecuencias como derivadas de un accidente de trabajo, como es el de la concurrencia de la culpabilidad civil o criminal de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo [en paralelo con lo previsto en el apartado 5.b) del citado artículo 115 LGSS]⁵⁵.

(52) Un estudio del accidente *in itinere* en CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Accidente de trabajo *in itinere* y delimitación teleológica-espacial del *iter laboris*”, Aranzadi Social, núm. 1, 1998 o SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El accidente *in itinere*”, Edit. Comares, Granada, 1998.

(53) SSTs de 16 de noviembre de 1972 o 24 de mayo de 1977.

(54) Piénsese, por ejemplo, en un accidente que sufra el trabajador autónomo en el trayecto desde su domicilio al lugar de ejercicio de la actividad; en principio, el mismo se calificaría de accidente *in itinere* y quedaría excluido de la configuración como accidente laboral. Sin embargo, si ese mismo trabajador, que sufre el accidente, transportaba en el vehículo diverso material correspondiente a su actividad profesional, que tenía guardado en su domicilio, en tal caso podría entenderse que el interesado ya estaba realizando la actividad propia de su encuadramiento en el RETA y se darían los elementos configuradores del accidente de trabajo.

(55) Por el contrario, no se ha recogido, entre los supuestos que dan lugar a un accidente de trabajo, la imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual del trabajo y que derive la confianza que éste inspira, supuesto que sí está recogido para los trabajadores por cuenta ajena, a tenor del artículo 115.5.a) LGSS.

b') La enfermedad profesional⁵⁶

Como ha quedado indicado, no toda enfermedad que tenga ocasión con el trabajo tiene la característica y la naturaleza de enfermedad profesional, ya que, para que se reputa como tal, se requiere (artículo 116 LGSS) no sólo que exista la enfermedad y que la misma se haya contraído a consecuencia del trabajo realizado, sino que es preciso que aquélla se haya producido en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe reglamentariamente, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en tal cuadro se recoja, para cada clase de enfermedad⁵⁷.

Estas notas también se extienden a los trabajadores por cuenta propia, en cuanto que, conforme al apartado 1 de la Disposición Adicional Trigésima Cuarta LGSS, se entiende, como enfermedad profesional, la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta propia, siempre que esté provocada por la acción de elementos y sustancias y en las actividades que se especifican en la lista de enfermedades profesionales, con las relaciones de las principales actividades capaces de producirlas, anexa al Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social, regulación que mantiene el artículo 3.5 RDTAP. Consecuentemente, para que podamos hablar de una enfermedad profesional, habrán de concurrir los siguientes elementos:

– La existencia de una enfermedad, que esté provocada por las sustancias o los elementos que se contienen en el anexo del

PARA CONSIDERAR UNA ENFERMEDAD COMO LABORAL ES NECESARIO QUE SE HAYA PRODUCIDO EN LAS ACTIVIDADES QUE SE ESPECIFIQUEN EN EL CUADRO QUE SE APRUEBE REGLAMENTARIAMENTE

(56) Respecto de las enfermedades profesionales, vid. ÁVILA ROMERO, A.: "Enfermedades profesionales", *Revista de Seguridad Social*, núm. 22. 1984; DESDENTADO BONETE, A.: "Comentarios al artículo 116 de la Ley General de la Seguridad Social", en AAVV: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Edit. Comares, Granada, 1999; MORENO CÁLIZ, S.: "Aproximación al concepto de enfermedad profesional", *Tribuna Social*, núm. 131, 2001; SEMPERE NAVARRO, A.V.: "La protección de la enfermedad profesional: planteamiento para su modificación", *Atanzadi Social*, núm. 5, julio, 2001.

(57) A su vez, con fecha 19 de septiembre de 2003, se ha aprobado la Recomendación de la Comisión Europea relativa a la lista de enfermedades profesionales. La recomendación se encuentra en la página web de la Unión Europea –europa.eu.int– en el documento C(2003) 3297 final.

Esta limitación ha sido puesta en cuestión por la doctrina, por considerarla parcial, en cuanto no tiene en cuenta las patologías multicausales, pero, sobre todo, por ser manifiestamente insuficiente, al no considerar enfermedades y actividades de reciente aparición y rápida manifestación. Valga por ejemplo, el síndrome del burn-out (o de estar quemado) calificado como accidente de trabajo por el TSJ del País Vasco (S. 2 de noviembre de 1999) o el mobbing (o acoso moral) que ha tenido también el respaldo de los Tribunales para su caracterización como accidente de trabajo (STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de abril de 2003, STSJ de Navarra –SS de 18 de mayo y 15 de junio de 2001; o STSJ de Castilla y León, de 20 de diciembre de 2001).

RD 1995/1978, por lo que si la enfermedad trae su origen en otros elementos o sustancias, no se estará ante una enfermedad profesional⁵⁸.

– La existencia de un trabajo por cuenta propia, en los términos ya señalados para el accidente de trabajo.

– Por último, que exista una relación causal entre la enfermedad y el trabajo, así como que la enfermedad esté causada por los elementos y sustancias indicadas, y sólo por ellas, ya que el sistema español de delimitación de las enfermedades profesionales es un sistema basado en la lista cerrada. Como ha señalado la doctrina, aunque este sistema es más restrictivo, sin embargo tiene la ventaja de que desaparecen, en buena medida, los problemas de la prueba, ya que demostrada la realización de la actividad en la que se producen esos elementos y sustancias y la aparición de la enfermedad, existe una presunción *iuris tantum*, a favor de la existencia de la enfermedad profesional.

b) Alcance de la acción protectora

De acuerdo con la propia Adicional Trigésima Cuarta LGSS, el ámbito de la acción protectora es la misma que la dispensada a los trabajadores por cuenta ajena, dada la remisión que se efectúa a las prestaciones del Régimen General, si bien, como se ha indicado, se precisa que tales prestaciones se concedan en los términos que establezcan las normas reglamentarias.

De acuerdo con ello, las prestaciones que se conceden son las siguientes:

– Asistencia sanitaria.

– Subsidio por incapacidad temporal.

– Prestaciones por incapacidad permanente⁵⁹, incluida la correspondiente al grado incapacidad permanente parcial para la profesión habitual⁶⁰. Sin embargo, en este ámbito existen determinadas peculiaridades, entre las que se encuentran:

(58) Sin perjuicio de que esta enfermedad pudiera ser conceptualizada como un accidente de trabajo, si bien en este caso el autónomo deberá probar que la enfermedad ha sido contraída por la realización de las tareas de su actividad habitual.

(59) Vid. BARBA MORA, A.: *Incapacidad permanente y Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona 2001 y ROQUETA BUJ, C.: *La incapacidad permanente*, CES, Madrid, 2001.

(60) Prestación que, por el contrario, no se cubre en el ámbito de las contingencias comunes. La doctrina venía justificando la no aplicación de la prestación de incapacidad permanente parcial en el hecho de que la propia realización de la actividad, por parte del trabajador autónomo, permite la ayuda de terceros, con lo que dicho grado de incapacidad sería irrelevante para el desarrollo de dicha actividad. Vid. ORDEIG FOS, J.M.: *El sistema español de Seguridad Social (y el de la Comunidad Europea)*, Edersa, 1998, 5ª ed., pág. 546.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

- La prestación de incapacidad permanente parcial para la profesión habitual se supedita a que la capacidad laboral del trabajador se vea reducida en un 50 por ciento, lo cual no deja de ser sorprendente, ya que, con carácter general, este grado de incapacidad permanente se califica (artículo 137.3 LGSS) como el que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona una disminución de la capacidad de trabajo no inferior al 33 por 100 en el rendimiento normal para dicha profesión sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. Resulta problemático que una persona vea minorado en un 50 por ciento el rendimiento normal para su profesión y, al tiempo, pueda seguir realizando los cometidos básicos de aquélla.

- Respecto de la sustitución de la pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual por una cantidad a tanto alzado, la disposición reglamentaria precisa el número de mensualidades abonables en el RETA, dado que en el Régimen General el número de mensualidades es el comprendido en la escala prevista en el artículo 5.1 de la Orden de 31 de julio de 1972, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, en tanto que en el RETA la cantidad a tanto alzado equivale a 40 mensualidades fijas sobre la base reguladora, no dependiendo de la edad del interesado el número de mensualidades a abonar como ocurre en el Régimen General⁶¹.

- Prestaciones por muerte y supervivencia⁶².

- Indemnizaciones a tanto alzado por lesiones permanentes, derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, que no causen incapacidad⁶³.

- Por último, se precisa que no resultan de aplicación a los autónomos el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, a que se refiere el artículo 123 LGSS, por falta de medidas de prevención de riesgos laborales. Hay que tener en cuenta, por una parte, que el recargo no tiene la consideración de prestación de la Seguridad Social (como ha quedado reflejado en una constante jurisprudencia del TS⁶⁴); de otra que este recargo es debido a la falta de medidas de prevención de los

(61) Artículo 38.1 del Decreto 2530/1970.

(62) Un análisis de estas prestaciones en, CAVAS MARTÍNEZ, F. “La pensión de viudedad: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, *Aranzadi Social*, núm.14/2001; GARCÍA VIÑA, J. y RIVAS VALLEJO, M.P.: *La prestación de supervivencia en el sistema de Seguridad Social*, Barcelona, 1996; LEONES SALIDO, J.J.: *La pensión de viudedad y orfandad*, Granada, Comares, 1998; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La pensión de viudedad en el régimen general de la seguridad social*, Valencia, 2000; RODRÍGUEZ INIESTA, *Comentarios a los artículos 171 a 179 de la Ley de Seguridad Social*, en AA VV (dir. SEMPERE NAVARRO, A.) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2003; o TORTUERO PLAZA, J.L.: *Aspectos jurídicos de las prestaciones: el desempleo y las pensiones*, Bilbao, Fundación BBV, 1996.

(63) Vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: *La revisión de las lesiones permanentes no invalidantes*, Aranzadi, Pamplona, 2001.

(64) Vid. ALFONSO MELLADO, C.: “El recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene”, *Tribuna Social*, núm. 101, 1999; BLANCO RAD, F.: “Relación entre el recargo por falta de medida de seguridad y la acción de responsabilidad civil”, *La Ley*, núm. 425, 1997; CARRERO DOMÍNGUEZ, C.: “Compatibilidad de responsabilidades y recargo de prestaciones”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 63, 2002; DESDENTADO BONETE, A.: “El recargo de prestaciones de la Seguridad Social y su aseguramiento. Contribución a un debate”, *Revista de Derecho Social*, núm. 21, enero/marzo, 2003; DURÉNDEZ SÁEZ, A.: “El recargo de prestaciones”, *Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 108, 2001;

riesgos laborales, por lo que sólo puede ser aplicado, por su propia naturaleza, en el marco de una relación laboral, dado que únicamente cabe atribuir la responsabilidad del pago del recargo a un empresario infractor⁶⁵.

c) Requisitos para el acceso a las prestaciones

En el caso de los trabajadores por cuenta ajena, éstos pueden acceder a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales de una manera automática y sin que se les exija requisito alguno (alta de pleno derecho, no exigibilidad de período mínimo de cotización) sin perjuicio de la responsabilidad empresarial que, en su caso, pueda determinarse. Sin embargo, estas previsiones son de difícil transposición a los trabajadores por cuenta propia, teniendo en cuenta las peculiaridades en la realización de la actividad, así como que, en relación con la Seguridad Social, son los propios interesados los responsables del cumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta o baja, así como del ingreso de las cotizaciones. De ahí que, la Disposición Adicional Trigésima Cuarta prevé que las prestaciones, por contingencias profesionales, en el RETA se concedan en los términos y con las particularidades que se establezcan en las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la misma.

De estas peculiaridades se derivan las exigencias para acceder a las prestaciones correspondientes, que precisa el artículo 5 RDATP:

– En primer lugar, se exige que los trabajadores estén dados de alta, sin que aquí juegue el principio de alta presunta, previsto para los trabajadores por cuenta ajena. Por tanto, el autónomo que no formalice el alta o, cuando lo haya realizado, no opte por ampliar el ámbito de protección a las contingencias profesionales, no tendrá derecho a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales.

FERNÁNDEZ MARINA, R.: “El empresario como sujeto responsable de prestaciones: un análisis jurisprudencial”, *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 34, 1995; MONEREO PÉREZ, J. L.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1992; MOLINA NAVARRETE, C.: “A vueltas con la confirmación jurídica del recargo de prestaciones”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 79, 1996; PURCALLA BONILLA, M. A.: *El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de Seguridad y salud laboral: análisis crítico de su configuración jurídico-positiva*, Comares, Granada, 2000; SALCEDO BELTRÁN, M. C.: “La responsabilidad empresarial sobre el recargo de prestaciones de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de junio de 1995)”, *Tribuna Social*, núm. 60, 1995; SEMPERE NAVARRO, A. V.: *El recargo de prestaciones*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

(65) Tampoco se contempla la extensión del recargo por falta de medidas de prevención, en el caso de los trabajadores autónomos económicamente dependientes, a pesar de que esta categoría ya aparece recogida en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, en cuya Disposición Final Sexta se encarga al Gobierno para que realice un informe relativo a la situación de los trabajadores autónomos que dependen económicamente de uno o varios empresarios, estudiando el establecimiento de un fondo de garantía en caso de cese por causas objetivas. Además, han existido iniciativas parlamentarias, como la Proposición de Ley, presentada por el Grupo parlamentario socialista, sobre regulación del trabajo autónomo dependiente, en cuyo artículo 12, se preveía, entre otras mejoras, la de la protección por desempleo. La proposición de Ley se recoge en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, de 29 de septiembre de 2002.

Un análisis de la problemática del trabajador autónomo dependiente en GUTIÉRREZ CALVO, B.: “El ‘autónomo’ económicamente dependiente. Problemática y Método”, *Aranzadi Social*, núm. 18, enero, 2003.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

– Como sucede con las prestaciones derivadas de accidente, no se precisa la acreditación de un período de cotización, en paralelo con lo previsto en el 124.4 LGSS, respecto de los trabajadores por cuenta ajena. Tampoco se exige período de cotización, a efectos de las prestaciones derivadas de riesgos profesionales, en lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REASS o en el REM.

– En el RETA (al igual que sucede con los restantes trabajadores por cuenta propia) no juega la automaticidad en el acceso a las prestaciones, ya que se exige que el interesado esté al corriente en el pago de las cotizaciones⁶⁶.

Por ello, y al igual que sucede con las prestaciones derivadas de contingencias comunes, para el acceso a las derivadas de contingencias profesionales –con excepción del auxilio por defunción–⁶⁷ se exige que los interesados se encuentren al corriente en el pago de las cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación. No obstante, si se tiene cubierto el período mínimo de cotización exigible, entra en juego el mecanismo de la *invitación al pago*, o información al interesado sobre su situación, a fin de que proceda a la regularización económica correspondiente⁶⁸.

EL NACIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE IT SE PRODUCE, AL IGUAL QUE PARA LOS TRABAJADORES POR CUENTA AJENA, EL DÍA SIGUIENTE AL DE LA BAJA

d) Especialidades del subsidio por incapacidad temporal

La convergencia y homogeneización de la acción protectora entre los diferentes Regímenes del sistema también alcanza al nacimiento de la prestación de IT, de acuerdo con las previsiones contenidas en los artículos 8 DLRE y 10 RDTAP, en cuanto dicho nacimiento se produce, con carácter general, a partir del día siguiente al de la baja, es decir, en la misma fecha en que nace la prestación respecto de los trabajadores por cuenta ajena.

(66) Previsión recogida en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970 y artículo 57.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970.

(67) La escasa cuantía de esta prestación –unos 30 euros– puede explicar que no se aplique la necesidad de estar al corriente en el pago de las cotizaciones.

(68) De acuerdo con el mecanismo de la invitación al pago, se da al interesado un plazo de 30 días para que se ponga al corriente en el pago de las cotizaciones. Si atiende la invitación y efectúa el pago en plazo, las prestaciones se perciben desde la fecha de su reconocimiento; si se deja transcurrir el plazo, los subsidios o prestaciones a tanto alzado se perciben reducidos en un 20 por ciento, mientras que las pensiones comienzan a percibirse desde el día 1º del mes siguiente al del pago.

A tal fin, en la determinación de la cuantía diaria del subsidio se tienen en cuenta los siguientes factores:

– La base diaria reguladora se fija en la base mensual de cotización del trabajador correspondiente al mes anterior a la fecha de la baja médica, dividida entre 30. Existe, en este caso, una diferencia con el Régimen General en el que, aun cuando se toma la base del mes anterior, también se tienen en cuenta las horas extraordinarias efectuadas en el año anterior. En el RETA pueden solicitarse cambios de base y podría ocurrir que el hecho causante se produzca en el mes en que surte efecto la nueva base y, en cambio, en el mes anterior dicha base fuese mayor o menor.

Esta base reguladora se mantendrá durante toda la vigencia del proceso de IT, salvo que el propio trabajador autónomo hubiese optado por una base de cotización inferior, en cuyo caso y desde el momento en que tenga efectos la nueva base de cotización, la misma operará también como nueva base reguladora de la prestación.

– El porcentaje aplicable a la base reguladora, para la determinación de la cuantía del subsidio, está en consonancia con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al indicar que para todos los trabajadores por cuenta propia (Agrario, Mar y Autónomos), “los porcentajes aplicables a la base reguladora para la determinación de la cuantía de la prestación económica por incapacidad temporal, serán los vigentes respecto a los procesos derivados de contingencias comunes en el Régimen General”.

De acuerdo con ello, el porcentaje aplicable a la respectiva base reguladora, para la determinación de la cuantía del subsidio, es del 75 por ciento, a percibir desde el día siguiente al de la baja hasta la extinción de la situación⁶⁹.

– A efectos de la gestión y el control de la prestación económica por IT derivada de contingencias profesionales se aplican las reglas establecidas, con carácter general, para los demás Regímenes del sistema de la Seguridad Social.

Hay que tener en cuenta, en esta materia, que la Disposición Adicional Undécima LGSS, en relación con el RETA, determina que las disposiciones reglamentarias que se refieran a la formalización de la cobertura de la IT con la Entidad gestora o colaboradora, esta-

(69) La baja en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos no impide el mantenimiento del percibo del subsidio que se viere recibiendo en el momento de la baja, hasta que se produzca una causa legal de extinción. En este ámbito –y aunque el RDATP no estable expresamente esta regulación– hay que tener en cuenta que el artículo 1.4 RD 2110/1994, de 28 de octubre, que preveía la posibilidad, durante una situación de IT derivada de contingencias comunes, de causar baja en el Régimen por dejar de concurrir las condiciones determinantes para estar incluido el interesado en el campo de aplicación del mismo. El RD 2110/1994 fue derogado, salvo su artículo tercero, por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el RIA. El citado apartado 4 del artículo 1, al referirse a una cuestión de acción protectora, no fue incluido en el Real Decreto 84/1996. No obstante, su vigencia se ha mantenido por Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 23 de febrero de 1996 y por disposición interna (Circular del INSS 5/96, de 27 de septiembre).

blecerán, con respeto pleno a las competencias del sistema público en el control sanitario de las altas y las bajas, los instrumentos de gestión y control necesarios para una actuación eficaz en la gestión de la IT llevada a cabo tanto por la Entidad gestora como por las Mutuas⁷⁰.

e) Base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia

En el Régimen General la base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia, derivadas de contingencias profesionales, se determina sobre las retribuciones efectivamente percibidas con sujeción a las normas establecidas en el Capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956.

En los mismos supuestos, las prestaciones económicas correspondientes a los trabajadores por cuenta propia del REASS [artículo 63.3.a) RSA] y del Mar [artículo 41.1.a) REM] se calculan sobre la base de cotización en la fecha del hecho causante de la prestación correspondiente, previsión que se corresponde con la circunstancia de que, en los trabajadores por cuenta propia, no concurren en el desempeño de la actividad del trabajador autónomo los conceptos que integran la fórmula del Régimen General (complementos salariales, horas extraordinarias, etc.) Esta misma regla se aplica a los trabajadores incluidos en el RETA: la base reguladora de las prestaciones de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia será equivalente a la base de cotización del trabajador en la fecha del hecho causante.

f) Reconocimiento del derecho y abono de la prestación

La Adicional Trigésima Cuarta.3 LGSS precisa que la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el RETA se lleve a cabo con la misma Entidad gestora o colaboradora con la que se haya formalizado la cobertura de la IT. A su vez, la Adicional Decimocuarta de la Ley 66/1997 prevé que los trabajadores por cuenta propia que soliciten el alta en el correspondiente Régimen y opten por acogerse a la cobertura de la IT, deberán formalizar ésta con una Mutua e, igualmente, los que hayan optado por la cobertura de la IT con una Mutua sólo podrán modificar su opción a favor de otra Mutua.

(70) En materia de gestión y control de la IT en el RETA son aplicables las disposiciones contenidas en el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril (modificado por Real Decreto 1117/1998, de 5 de junio) por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal y el Real Decreto 576/1997, de 18 de abril, por el que se modifica el Reglamento General sobre colaboración en la gestión de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre; asimismo, resulta de aplicación la Orden de 19 de junio de 1997, por la que se desarrolla el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril (modificada por la Orden de 18 de septiembre de 1998).

Un análisis de estas disposiciones en PANIZO ROBLES: "El control de la incapacidad temporal: A propósito del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 4, Madrid, 1997 y "De nuevo el control de la incapacidad temporal (A propósito del Real Decreto 1117/1998)" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 187, septiembre, 1998 y RUIZ LARREA ARANDA, P.: "Las funciones atribuibles a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en materia de gestión y control de la prestación económica de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 4, Madrid, 1997.

Teniendo en cuenta lo anterior, el reconocimiento y pago del derecho corresponderá, en función de las prestaciones, a la siguiente Entidad:

– En el subsidio por IT corresponde al INSS o a la Mutua, en su caso, cuando sea derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional, atendiendo a la Entidad con la que se haya formalizado la cobertura de los riesgos profesionales (artículos 5 y 6 de la Orden de 13 de octubre de 1967).

– El reconocimiento⁷¹ y pago de las prestaciones por incapacidad permanente corresponde al INSS, si bien –si la gestión de las contingencias profesionales correspondía a la Mutua– ésta deberá ingresar previamente en la Tesorería General de la Seguridad Social el correspondiente capital coste⁷². Si la prestación de incapacidad permanente deriva de una enfermedad profesional, la prestación corre por cuenta del INSS⁷³. No obstante, las prestaciones a tanto alzado (incapacidad permanente parcial o las indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes) serán abonadas directamente por la Mutua, al no proceder la capitalización de sus importes.

– El reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia corresponde a la Entidad –INSS o a la Mutua, en su caso, que tuviera a su cargo la protección, cuando la incapacidad o la muerte sea debida a un accidente de trabajo y al INSS cuando la incapacidad o la muerte sea debida a enfermedad profesional (artículos 30 y 31 de la Orden de 13 de febrero de 1967 –muerte y supervivencia–). El pago de las pensiones reconocidas por las Mutuas corresponde al INSS, para lo que, previamente, la Mutua ha de depositar en la Tesorería General de la Seguridad Social el correspondiente capital coste.

2. LA MEJORA DE LA PRESTACIÓN DE IT

En el RETA, al igual que respecto de los trabajadores por cuenta propia, el nacimiento de la prestación económica por IT ha venido produciéndose, cualquiera que fuese la contingencia que la originase, a partir del día decimoquinto de la baja, regulación que contrastaba con lo establecido para los trabajadores por cuenta ajena, para los que el artículo 131.1 LGSS prevé que la prestación nazca, en el supuesto de que aquella se origine por contingencias comunes, a partir del día cuarto de la baja, si bien con la particularidad de

(71) Para el reconocimiento de las prestaciones de incapacidad permanente habrá de estarse al procedimiento regulado en el RD 1300/1995, de 21 de julio, y en sus normas de aplicación y desarrollo (básicamente, la Orden de 18 de enero de 1996).

(72) De acuerdo con el artículo 201 LGSS.

(73) Al haber asumido esta Entidad Gestora las funciones del antiguo Fondo Compensador de Enfermedades Profesionales, tal y como recoge la jurisprudencia del TS. Además, para la financiación de estas prestaciones –y otras funciones y servicios– las Mutuas han de efectuar unas cantidades –descontadas por la Tesorería General de la Seguridad Social, de los importes a poner a disposición de la Mutua– y que equivalen al 26,4 por ciento de las correspondientes primas, una vez descontadas de la misma el importe del reaseguro obligatorio. Vid. artículo 24 de la Orden TAS/118/2003, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, Fondo de Garantía y formación profesional para 2003.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

que dicha prestación, durante los días cuarto al decimoquinto está a cargo del empresario correspondiente. Esta particularidad se acompañaba con otra, ya que mientras que, en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, la cuantía del subsidio, cuando provenía de una contingencia común, era equivalente al 60 por ciento, durante los días cuarto al vigésimo, ambos inclusive, y al 75 por ciento, a partir de dicha fecha, para los trabajadores por cuenta propia, el subsidio se abonaba en un importe equivalente al 75 por ciento de la base reguladora, desde el nacimiento de la prestación, es decir, desde el día decimoquinto de la baja.

No obstante esta diferencia en la cuantía de la prestación fue corregida a la baja en el año 1998⁷⁴ puesto que los distintos porcentajes aplicables a la respectiva base reguladora –para hallar el importe de la prestación– pasaban a ser los mismos para la globalidad de trabajadores incluidos en la Seguridad Social, cualquiera que fuese el Régimen en que estuviesen de alta.

Por su parte, la Recomendación 4ª del “Pacto de Toledo” prevé que se vaya equiparando la acción protectora de los Regímenes, en la medida en que se continúe en el proceso de equiparación del esfuerzo contributivo, recomendación que se inserta en el contenido del Acuerdo para el desarrollo y la mejora del sistema de protección social, de 9 de abril de 2001, en cuyo apartado VII, se contiene la orientación, en el marco de la denominada “convergencia de Regímenes Especiales”, que se vayan adoptando las medidas que mejoren el marco de la acción protectora dispensada para los trabajadores por cuenta propia, de forma que la misma vaya acercándose a la dispensada en el Régimen General.

En tal sentido, el artículo 8 DLRE⁷⁵ procede a la equiparación de la fecha del nacimiento de la prestación de IT en favor de los trabajadores por cuenta propia, equiparándolo con el establecido en el Régimen General, dando satisfacción con ello a una insistente demanda de los integrantes de dicho sector, al disponer que para los trabajadores por cuenta propia o autó-

**SI SE HA OPTADO POR
LA COBERTURA DE
CONTINGENCIAS
PROFESIONALES Y LA
CAUSA DE LA BAJA TIENE
LUGAR POR ACCIDENTE
DE TRABAJO O
ENFERMEDAD PROFESIONAL
LA PRESTACIÓN NACERÁ
AL DÍA SIGUIENTE AL DE
LA BAJA**

(74) Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. Un análisis de la incidencia de esta Ley en la Seguridad Social, en PANIZO ROBLES, J. A.: “La Seguridad Social en las leyes de Presupuestos Generales del Estado y de acompañamiento para 1998”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 181, febrero, 1998.

(75) Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El RETA se mueve”, *Aranzadi Social*, núm. 4, 2003.

nomos, cualquiera que sea el Régimen Especial de la Seguridad Social en el que se hallen encuadrados, el nacimiento de la prestación económica por IT a que pudieran tener derecho se produce, en los términos y condiciones que reglamentariamente se establezcan, a partir del cuarto día de la baja en la correspondiente actividad, salvo en los supuestos en que el interesado hubiese optado por la cobertura de las contingencias profesionales, o las tenga cubiertas de forma obligatoria, y el subsidio se hubiese originado a causa de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, en cuyo caso la prestación nace a partir del día siguiente al de la baja. Según estas premisas, el nacimiento de la prestación de IT se habría de producir, en los términos y condiciones que reglamentariamente se hallen establecidas, de la siguiente forma:

- Con carácter general, a partir del día cuarto de la baja, reduciéndose en 11 días la fecha de nacimiento de la prestación, respecto de la situación actual⁷⁶.
- Cuando el interesado hubiese optado por la cobertura de las contingencias profesionales, y la causa de la baja fuese debida a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, el nacimiento del subsidio se produce a partir del día siguiente al de la baja, en paralelo a lo que sucede para los trabajadores por cuenta ajena.

Esta regulación no se limita únicamente a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA, sino que se extiende a la globalidad de los trabajadores autónomos cualquiera que sea el Régimen de pertenencia.

Ahora bien, en paralelo con o que sucede con la ampliación de la protección por riesgos profesionales en el caso de los trabajadores incluidos en el RETA, la mejora en el inicio del percibo de la IT se acompaña con un incremento de los tipos de cotización, establecidos para la financiación de esta prestación. Por ello, la Disposición Final Primera DLRE prevé que, a partir de la entrada en vigor de la ampliación de la protección por incapacidad temporal (es decir, a partir de 1º de noviembre de 2003) los tipos de cotización para la cobertura voluntaria de la IT, con efectos del 1º de noviembre de 2003, pasan a ser los siguientes:

- En el RETA (y por relación al mismo, en el caso de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REM) cuando el interesado se haya acogido a la protección por incapacidad temporal, el tipo de cotización para la totalidad de las contingencias comunes pasa a ser el 29,80 por ciento (frente al 28,3 por ciento anterior).
- En el REASS, cuando el trabajador por cuenta propia se haya acogido a la protección por incapacidad temporal, el tipo de cotización pasa a ser el 4,35 por ciento, del que el

(76) La doctrina venía entendiendo que el período de carencia específico, establecido para el nacimiento de la prestación de IT, en el caso de los trabajadores por cuenta propia, era consecuencia de la grave dificultad para controlar una baja del trabajador autónomo, en especial si ésta era de corta duración. GARCÍA NINET, J.I.: "El derecho a la prestación económica por incapacidad laboral transitoria en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos pese a no estar al corriente en el pago de las cuotas (Breve comentario a la STS 4ª de 16 de mayo de 1992)", *Tribuna Social*, núm. 22, 1992, pág. 46.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

3,70 por ciento corresponde a contingencias comunes y el 0,65 por ciento a contingencias profesionales. Anteriormente, el tipo de cotización era del 2,7 por ciento, del que el 2,2 por ciento correspondía a contingencias comunes y el 0,50 por ciento, a las contingencias profesionales⁷⁷.

Las previsiones legales se complementan con las contenidas en el Capítulo II RDATP, cuya regulación se analiza en los apartados siguientes:

– Respecto al *régimen jurídico de la prestación* y de acuerdo con el artículo 9 del RDATP, el subsidio de IT, en el caso de los trabajadores por cuenta propia, se regula por las particularidades contenidas en dicho Capítulo y, en lo no previsto en él, por lo establecido al respecto en el Régimen General, aplicando no obstante las especialidades que, en relación a situaciones derivadas de contingencias profesionales, ya se han señalado en el apartado I.

– Por lo que se refiere al *nacimiento del derecho*, se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 8 DLRE y, en consecuencia, el nacimiento se produce de la siguiente forma (artículo 10 RDATP):

- Con carácter general, a partir del cuarto día inclusive de la baja en el trabajo o actividad.

- En los supuestos en que el interesado hubiese optado por la cobertura de las contingencias profesionales y el subsidio se hubiese originado a causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, a partir del día siguiente de la baja.

– Para la determinación de la *cuantía del subsidio*, el artículo 11 RDATP prevé la aplicación, sobre la correspondiente base reguladora, de los siguientes porcentajes:

- Con carácter general, y desde el cuarto al vigésimo día de la baja, ambos inclusive, el 60 por ciento; a partir del día 21, se aplica el 75 por ciento.

- Cuando el interesado hubiese optado por la cobertura de las contingencias profesionales y la baja tenga su origen en un accidente de trabajo o en una enfermedad profesional, el 75 por ciento a partir del día siguiente al de la baja.

– Por último, el artículo 12 RDATP establece una serie de *requisitos adicionales*, en orden al reconocimiento del subsidio, como son:

(77) Estos tipos se modificarán, en lo que respecta a los trabajadores por cuenta propia del REASS, a partir del 1º de enero de 2004, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Trigésima Sexta LGSS (incorporada por el artículo 9 DLRE) ya que, desde dicha fecha, tales trabajadores pasan a cotizar por las bases y tipos previstos en el RETA, si bien se prevé la aplicación de coeficientes correctores (crecientes a lo largo del tiempo) en orden al establecimiento de un período paulatino de equiparación. No obstante, en la tramitación del DLREA como proyecto de Ley, la aplicación, de forma paulatina, de las bases y tipos de cotización del RETA a los trabajadores por cuenta propia del REASS se limita a los incorporados a este Régimen Especial a partir de 1º de enero de 2004, mientras que, respecto de los anteriores, se da una opción por mantener el sistema de cotización anterior o acogerse a las nuevas modalidades.

- De acuerdo con lo previsto, con carácter general para todas las prestaciones, se precisa que los interesados han de encontrarse al corriente en el pago de las cuotas de Seguridad Social.

- A su vez, se mantiene la necesidad de presentar declaración, respecto de la persona que lleve a cabo el trabajo en la actividad o el negocio, cuando el titular del mismo se encuentra en IT, adecuando a la nueva normativa lo establecido en la Adicional Décima del RD 2319/1993⁷⁸.

Dicha declaración, que debía presentarse en el plazo de los 15 días siguientes a la baja (plazo que coincidía con el de espera para percibir la prestación) estaba configurada como documento preceptivo en el reconocimiento de la prestación de incapacidad temporal, a los efectos previstos en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de manera que, sin dicho documento, no se podía proceder a la resolución del correspondiente expediente. La modificación de la fecha de nacimiento de la IT obliga a modificar dicha regulación, puesto que, en caso contrario y dado el plazo de nacimiento de la prestación, no habría tiempo material para que los interesados pudiesen formular y presentar ante la Entidad Gestora la declaración indicada.

Por ello, y aunque se mantiene tanto la obligación de presentar la declaración⁷⁹ (si bien, ampliando esta obligación también a los trabajadores por cuenta propia agrarios y del mar) se establece que, sin perjuicio del reconocimiento de la prestación, la ausencia de la misma dará lugar a la suspensión cautelar de la prestación, de acuerdo con el contenido de la Disposición Adicional Decimoséptima.bis de la Ley General de la Seguridad Social (incorporada por el artículo 30 de la Ley 24/2001, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social)⁸⁰.

(78) La Disposición Adicional Décima del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, de revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994 (desarrollada por Resolución de la Dirección del INSS de 1 de marzo de 1994) señala que los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el RETA, están obligados a presentar, en el plazo de los 15 días siguientes a la baja, una declaración sobre la persona que gestiona directamente el establecimiento mercantil, industrial o de otra naturaleza del que sean titulares o, en su caso, el cese temporal o definitivo en la actividad. Esta Adicional Décima es derogada por la Disposición Derogatoria del RDATP.

Sobre el alcance de este requisito adicional *vid.* BLASCO LAHOZ, J.F.: “La pervivencia del carácter especial del régimen de los trabajadores autónomos. Los últimos pronunciamientos judiciales y legislativos sobre su acción protectora”, *Aranzadi Social*, núm. 4, junio, 2003, págs. 50 y sigs.

(79) Aunque se difiere a disposición a dictar por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la determinación del plazo en que ha de presentarse la declaración.

(80) Un análisis de esta adicional en PANIZO ROBLES, J. A.: “La Seguridad Social en el año 2002 (Comentario a las Leyes de Presupuestos...)”, *op. cit.* y MARTÍNEZ LUCAS, J. A.: “Las medidas cautelares en el mantenimiento del derecho a percibir de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, mayo, 2003.

3. LA EXTENSIÓN A LOS TRABAJADORES POR CUENTA PROPIA DE LA INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA

La última de las mejoras que se han incorporado en el ámbito de cobertura social de los trabajadores por cuenta propia está referida a la prestación de incapacidad permanente, en el grado de *total cualificada*, regulada en el Real Decreto 463/2003, de 25 de abril (RDIPTC), mediante el cual se da un paso más en el grado de convergencia de los Regímenes Especiales con el Régimen General, siguiendo a estos efectos los mandatos legales (artículo 10.4 LGSS), políticos (Recomendaciones 3ª y 4ª del Pacto de Toledo) y sociales (Apartado VII del Acuerdo Social de 2001)⁸¹.

Esta prestación (consistente en un incremento del 20 por ciento de la base reguladora correspondiente a la prestación de incapacidad permanente total, previa o simultáneamente reconocida) fue establecida por la Ley 24/1972, de 21 de junio, de perfeccionamiento y mejora de la acción protectora de la Seguridad Social, en favor de las personas a las que se hubiese reconocido la situación de incapacidad permanente, en el grado de total para la profesión habitual, a las que, en razón de su edad, falta de preparación general o especializada y otras circunstancias socio-laborales, resultase difícil su inserción en el mercado de trabajo o fuese difícilmente presumible su integración en el mismo.

El desarrollo reglamentario de las previsiones legales se contiene en el artículo 6 del Real Decreto 1647/1972, de 23 de junio, en el que se concretan las condiciones y requisitos para acceder a dicho incremento: el trabajador ha de tener 55 o más años de edad⁸² y no debe llevar a cabo ningún trabajo, por

PARA ACCEDER A LA PRESTACIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CUALIFICADA EL TRABAJADOR DEBE TENER 55 O MÁS AÑOS DE EDAD Y NO REALIZAR NINGÚN TRABAJO POR EL QUE DEBIERA QUEDAR INCLUIDO EN ALGÚN RÉGIMEN DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(81) La acentuación del grado de convergencia de los Regímenes Especiales con el General es objeto, de igual modo, de consideración en la nueva *reformulación* del Pacto de Toledo, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 2 de octubre de 2003, en cuyo apartado A).4 "la Comisión considera oportuno agilizar en mayor medida la labor iniciada a los efectos de establecer una protección social equiparable entre los diferentes regímenes. Esta equiparación deberá realizarse teniendo en cuenta las peculiaridades de los colectivos a quienes va dirigida con el fin de superar las desigualdades que pudiesen subsistir, sin olvidar la adecuada correspondencia que debe existir entre la aportación contributiva y el nivel de acción protectora dispensada".

(82) El límite de edad fue incluido en la disposición reglamentaria, de desarrollo de la Ley 24/1972 –mediante el artículo 6.2 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio– límite que ha venido aplicando la jurisprudencia (vid. entre otras, las SSTs de 23 de mayo de 1977; de 13 de febrero y 2 de marzo de 1978; 9 de mayo de 1985; 24 de marzo y 8 de noviembre de 1986 o 6 de marzo de 1988; en sentido contrario, la STS de 7 de septiembre de 1985). No obstante, no faltan autores para quienes el establecimiento del límite de edad es notoriamente ilegal (ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 97 y 98). Un análisis de esta prestación y la incidencia de la doctrina jurisprudencial en PÉREZ AMORÓS, F.: "El incremento de la pensión en el supuesto de incapacidad permanente total cualificada", *Revista Técnico-Laboral*, Vol. III, núm. 26, 1985.

cuenta ajena o propia, por el que debiera quedar incluido en algún Régimen de la Seguridad Social⁸³.

Las previsiones legales y reglamentaria, aplicadas a los trabajadores por cuenta ajena⁸⁴, no se extendieron a los trabajadores por cuenta propia, exclusión sancionada por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁵, que ha considerado que esta ausencia de protección no implicaba una discriminación contraria al principio de igualdad⁸⁶.

La diferencia de protección, en el ámbito de la IPT cualificada se justificaba básicamente en dos razones⁸⁷:

– De una parte, en que la dificultad de obtener un empleo (requisito al que se condiciona la atribución de la prestación, en lo que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena) no cabía referirla a una actividad por cuenta propia.

– A su vez, en el hecho de que el autónomo, incapacitado permanente total, podría seguir dirigiendo su propio negocio. Ante este planteamiento –que, en ocasiones, venía recogiendo la jurisprudencia– entendía la doctrina que si se probaba que tal circunstancia no se daba en la realidad, de modo que el autónomo cesaba totalmente en el negocio y se inscribía como demandante de empleo, compatible con su situación de incapacidad total, la denegación de la prestación estaba injustificada⁸⁸, lo que no significaba que tal diferencia estuviese viciada de inconstitucionalidad⁸⁹.

(83) En el caso de que se realice esa actividad (compatible con su grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual), el incremento queda en suspenso, volviendo a percibirse desde el momento en que se cesa en la actividad. En estos supuestos, se aplican las revalorizaciones habidas desde la fecha en que se suspendió el percibo del incremento hasta el momento de la recuperación.

(84) Incluidos los afiliados al Régimen Especial de Empleados de Hogar, como señaló una primera jurisprudencia, de la que son prueba las SSTs de 18 de enero y 15 de febrero de 1982, que dio lugar al dictado de la Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 22 de abril de 1986. Sorpresivamente, 6 años después se dicta la STS (ud) de 4 de marzo de 1992, en la que se señala la procedencia del incremento del 20 por ciento en el Régimen de Empleados de Hogar.

(85) Vid., entre otras, las siguientes sentencias: Para los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el REASS, SSTs (ud) de 25 de noviembre de 1991; de 6 de junio de 1992; de 9 de marzo de 1993 o 18 de enero de 1994; para los trabajadores incluidos en el RETA: SSTs (ud) de 25 de junio de 1998 y de 8 de mayo de 1999. Una relación exhaustiva de pronunciamientos judiciales sobre la materia en ARÚFE VARELA, A.: “Cuestiones jurisprudenciales recientes acerca de la incapacidad permanente total cualificada”, *Tribuna Social*, núm. 121, 2001; GONZÁLEZ-BIEDMA, E.: “Regímenes Especiales De Seguridad Social y principio de igualdad. Régimen Especial de Autónomos e invalidez”, *Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 69, 1995; GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Valencia, 2000 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La necesaria reestructuración...”, *op. cit.*, págs. 40 y sigs. Vid., también, GÓMEZ CABALLERO, P.: *Los trabajadores autónomos y la Seguridad Social: campo de aplicación y acción protectora del RETA*, Valencia, 2000.

(86) Sobre la aplicación del principio de igualdad, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, en AAVV: *Constitución y Derecho del Trabajo. 1981-1991*, Marcial Pons, Madrid, 1992; PUMAR BELTRÁN, N.: *La igualdad ante la Ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

(87) Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V.: “El RETA se mueve”, *op. cit.*, pág. 23.

(88) Vid. ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L.: *Instituciones de la Seguridad Social*, 18ª ed., Madrid, 2002.

(89) Respecto a las diferencias de la acción protectora en los diferentes Regímenes Especiales, vid., entre otras, SSTC 137/1987, de 22 de julio, 27/1988, de 23 de febrero o 268/1993, de 20 de septiembre. Con matizaciones, SSTC 39/1992, de 20 de marzo, 184/1993, de 31 de mayo; 268/1993, de 20 de septiembre o 377/1993, de 20 de diciembre.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

La extensión de la prestación de la incapacidad permanente total *cuificada* constituyó (seguramente con el adelantamiento del inicio del nacimiento de la IT) uno de los puntos de mejora de la acción protectora reivindicada por las organizaciones de trabajadores por cuenta propia; de esta solicitud se hace eco el Acuerdo Social de 2001, en cuyo apartado VII se recoge el compromiso de extender tal prestación a la globalidad de los trabajadores por cuenta propia.

Estos objetivos se plasman en la LMFAOS⁹⁰, mediante la que se procede a extender a los trabajadores por cuenta propia, incluidos en el REASS⁹¹ y en el REM⁹², el incremento señalado⁹³, siempre que los interesados tengan 55 o más años y no ejerzan una actividad retribuida, por cuenta ajena o propia, ni ostente la titularidad de una explotación agraria o marítimo-pesquera o de un establecimiento mercantil o industrial como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo⁹⁴.

El desarrollo reglamentario de las previsiones legales está constituido por el RDIPTC, en el cual no sólo se contienen las reglas que permiten la extensión de la prestación de IPT *cuificada* en los Regímenes Especiales mencionados, sino que también se da nueva redacción a determinados preceptos del RETA⁹⁵, con la finalidad de aplicar a los afiliados al mismo el incremento señalado.

A) La prestación de IPT *cuificada* para los trabajadores incluidos en el RETA

El artículo 3 RDIPTC da nueva redacción del artículo 38 del Decreto 2530/1970, en orden a que el importe de la pensión de incapacidad permanente, en el grado de IPT para la profesión habitual, reconocida a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA, se incremente en un 20 por ciento de su base reguladora⁹⁶, siempre que se acrediten los siguientes requisitos⁹⁷:

(90) Artículos 41 y 42.

(91) A cuya finalidad, el artículo 42 LMFAOS modifica los artículos 27.1 y 31.2 LSA.

(92) Mediante la modificación, a través del artículo 41 LMFAOS, de los artículos 36.2 y 41.1.c) del texto refundido de las Leyes 116/1969, de 30 de diciembre, y 24/1972, de 21 de junio, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores del mar, aprobado por Decreto 2864/1974, de 30 de agosto.

(93) Siguiendo el precedente de la Ley 24/1972, la Ley no establece la cuantía del incremento, que se difiere a lo que establezca la norma reglamentaria.

(94) El Acuerdo Social de 2001 se refería a la extensión del incremento de la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total, en el caso de los trabajadores incluidos en el RETA, la LMFAOS únicamente hace referencia a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REASS y en el REM. Ello no implica una exclusión de esta nueva prestación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en el RETA, sino que la exclusión normativa responde únicamente al hecho de que este Régimen Especial está regulado por Real Decreto, por lo que, en una disposición de igual rango, se podía incluir esta prestación.

(95) Básicamente, el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

(96) En síntesis, que la cuantía de la pensión pasa a ser del 75 por ciento de la respectiva base reguladora.

(97) Para la doctrina (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “La necesaria reestructuración...”, *op. cit.*, pág. 41) con la extensión a los autónomos de la incapacidad permanente total *cuificada* podrán superarse los problemas que se han venido

– El incapacitado, en el momento del hecho causante, ha de tener una edad igual o superior a los 55 años. Si no se cumple el requisito de edad, el incremento del 20 por ciento se aplicará desde el día primero del mes siguiente a aquél en que el trabajador cumpla los 55 años de edad, siempre que se acrediten los demás requisitos exigidos⁹⁸.

– Para poder percibir el incremento indicado no ha de efectuarse una actividad, por cuenta propia o por cuenta ajena, que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social. Si se realiza esa actividad, se suspende el percibo del incremento del 20 por ciento, que vuelve a recuperarse una vez que se cesa en el trabajo o en la actividad⁹⁹.

Respecto de la exigencia de este requisito, surge el problema de si la actividad realizada precisa, para su realización, de la colegiación en una Asociación o Colegio Profesional, cuyo colectivo disponga de una Mutualidad *alternativa*, en los términos contenidos en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados (en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social), ya que, en este caso, si el pensionista se trata de un profesional colegiado, de un colectivo no integrado en la Seguridad Social en la fecha del 10 de noviembre de 1995 (fecha de entrada en vigor de la Ley 30/1995) y el Colegio disponía de una Mutualidad que, en 1984, fuese de incorporación obligatoria¹⁰⁰, aquél tiene la posibilidad, a efectos de la protección social, de quedar incluidos en el RETA o hacerlo en la propia Mutualidad. De ahí que un trabajador por cuenta propia, que perciba una pensión de incapacidad permanente total, podría compatibilizar el percibo de ésta con la realización de una actividad profesional, si por la misma queda incluido en una de las Mutualidades alternativas¹⁰¹.

planteando, para la obtención de la misma, a través del cómputo recíproco de cotizaciones a los diferentes Regímenes de Seguridad Social por cuenta ajena y por cuenta propia. Dado que la pensión se reconoce en el Régimen en que se acrediten los requisitos exigidos o, de no cumplirse en ninguno de ellos, por el Régimen en el que se acredite mayor número de cotizaciones, podía ocurrir tanto que se denegase el incremento del 20 por ciento a quien se encontraba en alta y cotizando como trabajador por cuenta ajena, en el momento de solicitar la pensión, si la pensión, por el mecanismo del cómputo recíproco de cotizaciones, era reconocida por un Régimen de trabajadores por cuenta propia, como, en sentido contrario, reconocer el incremento de la pensión a quien, en el momento de solicitar la pensión era un trabajador por cuenta propia, si la pensión de incapacidad le era reconocida por un Régimen de trabajadores por cuenta ajena.

(98) Si el cumplimiento de los 55 años por parte del incapacitado se produce en el año natural siguiente a aquel en que procedió al reconocimiento inicial de la pensión de incapacidad permanente total, a la cuantía de esta última, incrementada con el 20 por ciento (es decir, al 75 por ciento de la correspondiente base reguladora) se le han de aplicar las revalorizaciones que, para las pensiones de la misma naturaleza, se hayan producido desde el reconocimiento inicial.

(99) También en estos casos, si el cese en el trabajo o en la actividad se produce en un año natural siguiente al que procedió la suspensión del incremento, han de aplicarse las revalorizaciones que hubiesen tenido lugar entre tales momentos.

(100) Por ejemplo, abogados, arquitectos, etc.

(101) Vid. MALDONADO MOLINA, F.: *Las Mutualidades vinculadas a los Colegios profesionales*, Pamplona, Aranzadi, 1998, PANIZO ROBLES, J. A.: “El encuadramiento de los profesionales colegiados en la Seguridad Social: el mantenimiento de una situación particular” y “De nuevo sobre Seguridad Social y profesionales colegiados (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2000)”, ambas, respectivamente, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Centro de Estudios Financieros, núm. 4, 1999 y 208, 2000 y SEMPERÉ NAVARO, A. V.: “Sobre la opción entre el RETA y la Mutualidad de la Abogacía”, *Aranzadi Social*, abril, 2000.

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

– Para poder percibir el incremento de la pensión, el beneficiario de la misma no ha de ostentar la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial, ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo¹⁰².

– Por último, que la prestación de IPT cuya cuantía se trata de suplementar se haya causado a partir de 1º de enero de 2003, ya que el RDIPTC establece una irretroactividad absoluta, a partir de la fecha señalada¹⁰³. Por ello, las personas que tuviesen reconocida una prestación de IPT en la fecha indicada, no tienen derecho al mencionado incremento, con independencia de que en esa fecha cumplan el requisito de edad que se establezca y los demás condicionantes establecidos¹⁰⁴.

La alternativa adoptada, respecto de la retroactividad de la mejora, contrasta con otras medidas de mejora de la acción protectora, que se han llevado a cabo en los últimos tiempos, respecto de las cuales se ha aplicado una retroactividad máxima¹⁰⁵.

B) La prestación de IPT cualificada para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REASS¹⁰⁶

Con una regulación semejante a la establecida para el RETA, el RDIPTC (mediante la modificación de determinados preceptos del Reglamento General del Régimen Especial Agrario, aprobado por Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre¹⁰⁷) desa-

UN TRABAJADOR POR CUENTA PROPIA PODRÍA COMPATIBILIZAR LA PENSIÓN DE INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL CON LA REALIZACIÓN DE UNA ACTIVIDAD PROFESIONAL SI POR ELLA QUEDA INCLUIDA EN UNA MUTUALIDAD ALTERNATIVA

(102) De ahí que, tal vez, el colectivo principal de los destinatarios de la mejora del incremento lo vayan a constituir los trabajadores por cuenta propia, que desarrollan su actividad, sin necesidad de mantener una explotación o un negocio mercantil.

(103) Conforme a lo establecido en la Disposición Adicional Única RDIPTC, para el caso de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REASS y en el REM, trae su causa en lo establecido en los apartados Tres, de los artículos 41 y 42 LMFAOS.

(104) Todo ello, de acuerdo con las previsiones contenidas en el apartado Tres de los artículos 41 y 42 LMFAOS.

(105) Como, por ejemplo, en el incremento del porcentaje de la pensión de viudedad, desde el 45 por ciento al 46 por ciento (en el ejercicio 2002) o al 48 por ciento (en el ejercicio 2003), el cual se ha aplicado a todas las pensiones de viudedad del sistema de la Seguridad Social en vigor, cualquiera que fuese la fecha en que se causaron (como disponen los RRDD 1465/2001, de 27 de diciembre, y 1425/2002, de 27 de diciembre) sobre revalorización de las pensiones de la Seguridad Social para los ejercicios económicos 2002 y 2003, respectivamente. De igual modo, la ampliación de los límites de orfandad hasta los 22 o 24 años (frente a los 21 o 22 anteriores) se ha aplicado con efectos retroactivos.

(106) Para un análisis del REASS, vid. AGUT GARCÍA, C.: “Régimen Especial Agrario” en AAVV (coord. GARCÍA NINET, J.I.) *Regímenes especiales* Edit. CISS, Valencia, 1999; HURTADO GONZÁLEZ, E. y MARÍN ALONSO, C.: *La Seguridad Social Agraria*, Laborum, Murcia, 1999; GALA VALLEJO, C.: *Régimen especial agrario de la Seguridad Social*, Madrid, 1991.

Un análisis de la incidencia del reconocimiento de la prestación de IPT cualificada en CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El régimen especial agrario también se mueve”, núm. 6, julio, 2003, págs. 9 y sigs.

(107) Concretamente los artículos 58 y 63.3.d).

rolla las previsiones del artículo 42 LMFAOS, respecto a la prestación de IPT cualificada, a favor de los trabajadores por cuenta propia incluidos en REASS.

Conforme a la nueva regulación (artículo 1º RDITPC), el reconocimiento de la IPT cualificada a favor de los trabajadores por cuenta propia del REASS se condiciona a los siguientes requisitos:

- El pensionista, en la fecha de causar la pensión, ha de tener una edad igual o superior a los 55 años; si en dicha fecha no se tiene 55 años, la mejora de la pensión se percibe a partir del día primero del mes siguiente a la fecha del cumplimiento de la edad indicada¹⁰⁸.
- El beneficiario no ha de desarrollar un trabajo por cuenta ajena o una actividad por cuenta propia, que dé lugar a su inclusión en el sistema de la Seguridad Social; si lleva a cabo el mismo, se suspende el percibo del incremento, que se recupera una vez que se ha cesado en el trabajo.
- Por último, tampoco se puede ostentar la titularidad de una explotación agraria o marítimo-pesquera, o de un establecimiento mercantil o industrial, como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo. En caso contrario, no se tiene derecho al incremento de la base reguladora.

C) La prestación de IPT cualificada para los trabajadores por cuenta propia incluidos en el REM¹⁰⁹

El RDIPTC (a través de la modificación de determinados preceptos del Reglamento General del REM¹¹⁰) desarrolla las previsiones de la LMFAOS, respecto de la extensión de la IPT cualificada en favor de los trabajadores por cuenta propia de este Régimen Especial.

Esta regulación reglamentaria es similar a la indicada para los trabajadores por cuenta propia del REASS, de modo que para la percepción del incremento de la correspondiente pensión, siempre que la misma se haya causado a partir del 1º de enero de 2003, se precisa la acreditación de los siguientes requisitos:

(108) Resultan de aplicación los criterios, indicados para el RETA, de la aplicación de las revalorizaciones cuando, el cumplimiento de los 55 años se haya producido en el año natural (o años naturales) siguientes al del reconocimiento de la pensión.

(109) Un análisis del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, en CANOSA RODRIGO, M.: "Campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar". *Tribuna Social*, núm. 49, 1995; CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: *La Seguridad Social de los Trabajadores del Mar*. Edit. Civitas, Madrid, 1999; VICENTE PALACIO, A.: "Régimen especial de los trabajadores del Mar", en AAVV (GARCÍA NINET, I. dir.): *Régimenes especiales ...*, op. cit., o VILLA GIL, L.E. de la y JUANES FRAGA, E.: *Régimen Especial de los trabajadores del mar*, *Revista de Trabajo*, núm. 90, 1988, págs. 92 y sigs.

(110) Aprobado por Decreto 867/1970, de 9 de julio. A tal efecto, se añade en dicho Reglamento un párrafo tercero en el apartado 4 del artículo 75 (para las contingencias comunes), así como se incorpora un nuevo párrafo c) en el artículo 99 (a efectos del incremento, en los casos en que la incapacidad permanente total causada traiga su origen en una contingencia profesional).

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

- El pensionista ha de tener, en el momento del hecho causante, 55 o más años de edad; cuando no se cumpla este requisito, se puede tener derecho al incremento desde el día primero del mes siguiente a aquél en que se cumplan los 55 años de edad¹¹¹.
- En los términos señalados para los trabajadores por cuenta propia del REASS, el pensionista no puede ejercer un trabajo por cuenta ajena o una actividad por cuenta propia, ni ostentar la titularidad de una explotación marítimo-pesquera o agraria, o de un establecimiento mercantil o industrial como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.

4. ANEXO

Epígrafes y tipos de cotización por contingencias profesionales en actividades de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (Anejo 2 RD 2930/1929, de 29 de diciembre)¹¹²

Epígrafe	Tipos de cotización aplicables (%)		
	I.T.	I.M.S.	Total
01	0,65	0,55	1,20
02	0,95	0,70	1,65
03	1,25	1,00	2,25
04	1,40	1,25	2,65
05	2,00	2,55	4,55
06	3,65	3,60	7,25
07	4,00	4,95	8,95

(111) Si el cumplimiento de los 55 años se produce en el año natural siguiente (o en los años naturales siguientes) al de haber causado la pensión, a la cuantía de la pensión, incrementada con el 20 por ciento, se le aplican las revalorizaciones que, para las pensiones de la misma naturaleza, hayan tenido lugar desde el momento del reconocimiento de la pensión.

(112) Artículo 7 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica.

ACTIVIDADES ECONÓMICAS		Epígrafe
01	Agricultura, ganadería, caza y actividades de los servicios relacionados con las mismas	
011.a	Producción agrícola (En explotación propia, sin servicios a terceros)	03
011.b	Producción agrícola con servicios a terceros	05
012.a	Producción ganadera (En explotación propia, sin servicios a terceros)	04
012.b	Producción ganadera con servicios a terceros	05
013.a	Producción agraria combinada con la producción ganadera (En explotación propia, sin servicios a terceros)	04
013.b	Producción agraria combinada con la producción ganadera con servicios a terceros	05
015	Caza, captura de animales y repoblación cinegética, incluidas las actividades de los servicios relacionados con las mismas	05
02	Selvicultura, explotación forestal y actividades de los servicios relacionados con las mismas	05
05	Pesca, acuicultura y actividades de los servicios relacionados con las mismas.	05
10	Extracción y aglomeración de antracita, hulla, lignito y turba	07
11	Extracción de crudos de petróleo y gas natural; actividades de los servicios relacionados con las explotaciones petrolíferas y de gas, excepto actividades de prospección	07
13	Extracción de minerales metálicos	07
14	Extracción de minerales no metálicos ni energéticos	
141	Extracción de piedra	07
142	Extracción de arenas y arcillas	06
143	Extracción de minerales para abonos y productos químicos	06
144	Producción de sal	06
145	Extracción de otros minerales no metálicos ni energéticos	06
15	Industria de productos alimenticios y bebidas	
151	Industria cárnica	06
152	Elaboración y conservación de pescados y productos a base de pescado	06
153	Preparación y conservación de frutas y hortalizas	05

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

154	Fabricación de grasas y aceites (vegetales y animales)	05
155	Industrias lácteas	05
156	Fabricación de productos de molinería, almidones y productos amiláceos	05
157	Fabricación de productos para la alimentación animal	05
158	Fabricación de otros productos alimenticios	05
159	Elaboración de bebidas	05
16	Industria del tabaco	05
17	Industria textil	
171	Preparación e hilado de fibras textiles	04
172	Fabricación de tejidos textiles	03
173	Acabado de textiles (Teñido, blanqueo, estampación)	04
174	Fabricación de otros artículos confeccionados con textiles, excepto prendas de vestir (fabricación de mantas, ropa de cama y mesa, acolchados)	03
175	Otras industrias textiles (alfombras, moquetas, cuerdas, cordeles, bramantes, redes)	03
176	Fabricación de tejidos de punto	03
177	Fabricación de artículos en tejidos de punto (calcetería)	03
18	Industria de la confección y de la peletería	
181	Confección de prendas de cuero (cuero, ante o napa, productos de imitación de cuero)	04
182	Confección de prendas de vestir en textiles y accesorios	03
183	Preparación, curtido y teñido de pieles de peletería; fabricación de artículos de peletería	04
19	Preparación curtido y acabado del cuero o cuero artificial; fabricación de artículos de marroquinería y viaje; artículos de guarnicionería talabartería y fabricación del calzado	04
20	Industria de la madera y del corcho, excepto muebles; cestería y espartería	
201	Aserrado y cepillado de la madera; preparación industrial de la madera	07
202	Fabricación de chapas, tableros contrachapados, alistonados, de partículas aglomeradas, de fibras y otros tableros y paneles	07
203	Fabricación de estructuras de madera y piezas de carpintería y ebanistería para la construcción	06
204	Fabricación de envases y embalajes de madera	06
205	Fabricación de otros productos de madera. Fabricación de productos de corcho, cestería y espartería	05

21	Industria del papel	
211	Fabricación de pasta papelera, papel y cartón	05
212	Fabricación de artículos de papel y de cartón	04
22	Edición, artes gráficas y reproducción de soportes grabados	05
23	Coquerías, refino de petróleo y tratamiento de combustibles nucleares	07
24	Industria química	05
25	Fabricación de productos de caucho y materias plásticas	05
26	Fabricación de otros productos minerales no metálicos	
261	Fabricación de vidrio y productos de vidrio	05
262	Fabricación de productos cerámicos no refractarios excepto los destinados a la construcción; fabricación de productos cerámicos refractarios	05
263	Fabricación de azulejos y baldosas de cerámica	05
264	Fabricación de ladrillos, tejas y productos de tierras cocidas para la construcción	05
265	Fabricación de cemento, cal y yeso	05
266	Fabricación de elementos de hormigón, yeso y cemento	05
267	Industria de la piedra	05
268	Fabricación de productos minerales no metálicos diversos	05
27	Metalurgia	
271	Fabricación de productos básicos de hierro, acero y ferroaleaciones (CECA)	07
272	Fabricación de tubos	07
273	Otras actividades de la transformación del hierro y del acero y producción de ferroaleaciones no CECA	07
274	Producción y primera transformación de metales preciosos y de otros metales no férreos	07
275	Fundición de metales	07
28	Fabricación de productos metálicos, excepto maquinaria y equipo	
281	Fabricación de elementos metálicos para la construcción	07
282	Fabricación de cisternas, grandes depósitos y contenedores de metal; fabricación de radiadores y calderas para calefacción central	07

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

283	Fabricación de generadores de vapor	07
284	Forja, estampación y embutición de metales; metalurgia de polvos	06
285	Tratamiento y revestimiento de metales. Ingeniería mecánica general por cuenta de terceros	06
286	Fabricación de artículos de cuchillería y cubertería, herramientas, cerraduras y herrajes	06
287	Fabricación de productos metálicos diversos (alambres, pernos, tornillos, cadenas, artículos metálicos de menaje doméstico,...), excepto muebles	06
29	<i>Industria de la construcción de maquinaria y equipo mecánico</i>	
291	Fabricación de máquinas, equipo y material mecánico	06
292	Fabricación de otra maquinaria, equipo y material mecánico de uso general	06
293	Fabricación de maquinaria agraria	06
294	Fabricación de máquinas-herramienta	05
295	Fabricación de maquinaria diversa para usos específicos	05
296	Fabricación de armas y municiones	06
297	Fabricación de aparatos domésticos	05
30	<i>Fabricación de máquinas de oficina y equipos informáticos</i>	05
31	<i>Fabricación de maquinaria y material eléctrico</i>	
311	Fabricación de motores eléctricos, transformadores y generadores	05
312	Fabricación de aparatos de distribución y control eléctricos	05
313	Fabricación de hilos y cables eléctricos aislados	05
314	Fabricación de acumuladores y pilas eléctricas	05
315	Fabricación de lámparas eléctricas y aparatos de iluminación	05
316	Fabricación de otro equipo eléctrico (equipo eléctrico para motores y vehículos)	05
32	<i>Fabricación de material electrónico; fabricación de equipo y aparatos de radio, televisión y comunicaciones</i>	
321	Fabricación de válvulas, tubos y otros componentes electrónicos	05
322	Fabricación de transmisores de radiodifusión y televisión y de aparatos para la radiotelefonía y radiotelegrafía con hilos	05
323	Fabricación de aparatos de recepción, grabación y reproducción de sonido e imagen	05

33	Fabricación de equipo e instrumentos médico-quirúrgicos, de precisión, óptica y relojería	
331	Fabricación de equipo e instrumentos médico-quirúrgicos y de aparatos ortopédicos	04
332	Fabricación de instrumentos y aparatos de medida, verificación, control, navegación y otros fines, excepto equipos de control para procesos industriales	04
333	Fabricación de equipo de control de procesos industriales	04
334	Fabricación de instrumentos de óptica y de equipo fotográfico	04
335	Fabricación de relojes	04
34	Fabricación de vehículos de motor, remolques y semirremolques	
341	Fabricación de vehículos de motor	05
342	Fabricación de carrocerías para vehículos de motor, de remolques y semirremolques	05
343	Fabricación de partes, piezas y accesorios no eléctricos para vehículos de motor y sus motores	05
35	Fabricación de otro material de transporte	
351	Construcción y reparación naval (incluye desguace naval)	07
352	Fabricación de material ferroviario	07
353	Construcción aeronáutica y espacial	07
354	Fabricación de motocicletas y bicicletas (vehículos para inválidos)	05
355	Fabricación de otro material de transporte	05
36	Fabricación de muebles; otras industrias manufactureras	
361	Fabricación de muebles (colchones, sillas, muebles de oficina, cocina, baño, jardín,...)	05
362	Fabricación de artículos de joyería, orfebrería, platería y artículos similares	04
363	Fabricación de instrumentos musicales	04
364	Fabricación de artículos de deporte	04
365	Fabricación de juegos y juguetes	04
366	Otras industrias manufactureras diversas (escobas, brochas, cepillos, bisutería)	04
37	Reciclaje	06

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

40	Producción y distribución de energía eléctrica, gas, vapor y agua caliente	
401	Producción y distribución de energía eléctrica	05
402	Producción de gas; distribución de combustibles gaseosos por conductos urbanos, excepto gaseoductos	05
403	Producción y distribución de vapor y agua caliente	05
41	Captación, depuración y distribución de agua	05
45	Construcción	
451	Preparación de obras (demolición y movimiento de tierras, perforaciones y sondeos)	06
452	Construcción general de inmuebles y obras de ingeniería civil (tendidos eléctricos y líneas de telecomunicaciones, cubiertas y tejados, reparación de vías férreas, obras hidráulicas, montaje de armazones y estructuras metálicas)	06
453	Instalaciones en edificios y obras (eléctricas, climatización, fontanería)	06
454	Acabado de edificios y obras (revocamiento, carpintería, acristalamiento y pintura)	06
455	Alquiler de equipo de construcción o demolición dotado de operario	06
50	Venta, mantenimiento y reparación de vehículos de motor, motocicletas y ciclomotores; venta al por menor de combustible para vehículos de motor	
501	Venta de vehículos de motor	03
502	Mantenimiento y reparación de vehículos de motor	05
503	Venta de repuestos y accesorios de vehículos de motor	03
504	Venta, mantenimiento y reparación de motocicletas y ciclomotores y de sus repuestos y accesorios	05
505	Venta al por menor de carburantes para la automoción	05
51	Comercio al por mayor e intermediarios del comercio, excepto de vehículos de motor y motocicletas	03
52	Comercio al por menor, excepto el comercio de vehículos de motor, motocicletas y ciclomotores; reparación de efectos personales y enseres domésticos	
521	Comercio al por menor en establecimientos no especializados	02
522	Comercio al por menor de alimentos, bebidas y tabaco en establecimientos especializados	02

523	Comercio al por menor de productos farmacéuticos, artículos médicos, belleza e higiene	02
524	Otro comercio al por menor de artículos nuevos en establecimientos especializados (textiles, calzado, cuero, artículos para el hogar, electrodomésticos, ferretería, pintura, vidrio, libros, periódicos, óptica, fotografía, joyería, relojería, juguetes)	02
525	Comercio al por menor de bienes de segunda mano, en establecimientos (anticuarios)	02
526	Comercio al por menor no realizado en establecimientos (por correspondencia, mercadillos, venta domiciliaria)	03
527	Reparación de efectos personales y enseres domésticos (calzado, artículos de cuero, aparatos domésticos eléctricos, relojes, joyería)	04
55	Hostelería	
551	Hoteles	04
552	Camping y otros tipos de hospedaje de corta duración (albergues juveniles y refugios de montaña, centros y colonias de vacaciones)	04
553	Restaurantes	04
554	Establecimientos de bebidas	04
555	Comedores colectivos y provisión de comidas preparadas	04
60	Transporte terrestre; transporte por tuberías	
601	Transporte por ferrocarril	07
602	Transporte terrestre (regular de viajeros, taxi, discrecional, mercancías por carretera, alquiler de camiones con conductor, mudanzas)	
602.a	Transporte pesado (en vehículos de más de 6.000 Kg)	07
602.b	Transporte ligero (en vehículos hasta 6.000 Kg)	05
61	Transporte marítimo, de cabotaje y por vías de navegación interiores	05
62	Transporte aéreo y espacial	05
63	Actividades anexas a los transportes; actividades de agencias de viajes	
631	Manipulación y depósito de mercancías (almacenamiento frigorífico, almacenamiento de mercancías peligrosas, silos,...) Carga y descarga de vagones y vehículos pesados	07
	63124 Otros depósitos almacenamientos y descarga	05

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

632	Otras actividades anexas a los transportes terrestre, marítimo y aéreo (autopistas de peaje, aparcamientos, servicios portuarios)	05
633	Actividades de las agencias de viajes, mayoristas y minoristas de turismo y otras actividades de apoyo turístico	03
634	Organización del transporte de mercancías	
64	Correos y telecomunicaciones	
	64.a Sin transporte	04
	64.b Con recogida y transporte de mercancía ligera	05
65	Intermediación financiera, excepto seguros y planes de pensiones	
	65.a Sin desplazamientos habituales	01
	65.b Con desplazamientos habituales	03
66	Seguros y planes de pensiones, excepto seguridad social obligatoria	
	66.a Sin desplazamientos habituales	01
	66.b Con desplazamientos habituales	03
67	Actividades auxiliares a la intermediación financiera	
	67.a Sin desplazamientos habituales	01
	67.b Con desplazamientos habituales	03
70	Actividades inmobiliarias	
701	Actividades inmobiliarias por cuenta propia (Promoción inmobiliaria, Compraventa)	03
702	Alquiler de bienes inmobiliarios por cuenta propia	03
703	Actividades inmobiliarias por cuenta de terceros (agentes de la propiedad inmobiliaria, gestión y administración)	03
71	Alquiler de maquinaria y equipo sin operario, de efectos personales y enseres domésticos	03
72	Actividades informáticas	03
	725 Mantenimiento y reparación de máquinas de oficina, contabilidad y equipo informático	05
73	Investigación y desarrollo	03

74	Otras actividades empresariales			
741	Actividades jurídicas, de contabilidad, teneduría de libros, auditoría, asesoría fiscal, estudios de mercado y realización de encuestas de opinión pública; consulta y asesoramiento sobre dirección y gestión empresarial, gestión de sociedades de cartera	03		
742	Servicios técnicos de arquitectura e ingeniería y otras actividades relacionadas con el asesoramiento técnico	03		
743	Ensayos y análisis técnicos	03		
744	Publicidad (agencias y consultores, gestión de soportes publicitarios)	03		
745	Selección y colocación de personal (suministro de personal)	03		
746	Servicios de investigación y seguridad (vigilancia, protección y seguridad)	05		
747	Actividades industriales de limpieza	05		
748	Actividades empresariales diversas			
	7481	Actividades de fotografía	04	
	7482	Actividades de envasado y empaquetado por cuenta de terceros	05	
		74831	Actividades de secretaría y reprografía	04
		74832	Actividades de traducción	03
		74833	Actividades anexas a la distribución publicitaria	03
	7484	Otras actividades empresariales	03	
80	Educación			
	801	Enseñanza primaria sin desplazamiento	01	
		Enseñanza primaria con desplazamiento	03	
	802	Enseñanza secundaria sin desplazamiento	01	
		Enseñanza secundaria con desplazamiento	03	
	803	Enseñanza superior sin desplazamiento	01	
		Enseñanza superior con desplazamiento	03	
	804	Formación permanente y otras actividades de enseñanza	03	
		8041	Enseñanza de las escuelas de conducción y pilotaje	05
		80423	Otras enseñanzas	05
85	Actividades sanitarias y veterinarias, servicio social			
	851	Actividades sanitarias (hospitalarias, médicas, odontológicas, servicio de ambulancias, laboratorios de análisis clínicos)	05	

Mejora de la acción protectora de los trabajadores autónomos

852	Actividades veterinarias	05
853	Actividades de servicios sociales (acogimiento de ancianos, minusválidos, menores, servicios sociales a domicilio)	05
90	<i>Actividades de saneamiento público</i>	
900	Actividades de saneamiento público (depuración de aguas residuales, alcantarillado, limpieza de vías públicas)	05
91	<i>Actividades asociativas</i>	
911	Actividades de organizaciones empresariales, profesionales y patronales	02
912	Actividades sindicales	02
913	Actividades asociativas diversas (religiosas, políticas, juveniles)	02
92	<i>Actividades recreativas, culturales y deportivas</i>	
921	Actividades cinematográficas y de vídeo (producción, distribución y exhibición)	03
922	Actividades de radio y televisión (producción, distribución y emisión)	03
923	Otras actividades artísticas y de espectáculos (creación e interpretación artística y literaria)	03
	9233 Actividades de ferias y parques de atracciones	04
924	Actividades de agencias de noticias	03
925	Actividades de bibliotecas, archivos, museos y otras instituciones culturales	03
926	Actividades deportivas	04
927	Actividades recreativas diversas	03
93	<i>Actividades diversas de servicios personales</i>	
930	Actividades diversas de servicios personales	
	9301 Lavado, limpieza y teñido de prendas textiles y de piel	04
	9302 Peluquería y otros tratamientos de belleza	03
	9303 Pompas fúnebres y actividades relacionadas con las mismas	03
	9304 Actividades de mantenimiento físico corporal	03
	9305 Otras actividades de servicios personales	03

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Ley y reglamento. 2. Leyes autonómicas. 3. Norma aplicable en los traspasos de personal. 4. Convenio colectivo. A) Respeto al derecho necesario. B) Ultraactividad del convenio colectivo. Contenido obligacional y normativo. C) Convenios extraestatutarios. Nulidad. **5. Valor de la jurisprudencia. 6. Condición más beneficiosa. 7. Principio de irrenunciabilidad. 8. Criterios de interpretación. 9. Retroactividad normativa. Principio pro operario.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 805).

1. LEY Y REGLAMENTO

La interrelación entre ley y reglamento, su posición jerárquica y el respeto al contenido esencial de las disposiciones legales por parte de las normas reglamentarias es objeto de tratamiento en la **STS de 10 de febrero de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 80. Se plantea en el recurso contencioso-administrativo una cuestión de ilegalidad del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Dicho reglamento, impugnado por la Unión Progresista de Inspectores de Trabajo, desarrolla la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Este texto legal dotó a la Inspección de Trabajo de una organización y funcionamiento ajustados a los principios constitucionales que tiene especialmente presente la descentralización territorial que caracteriza al Estado autonómico. La parte recurrente no cuestiona la totalidad del reglamento sino solamente alguna de sus disposiciones referidas a aspectos concretos del Estatuto de la Inspección. Se combate lo que se consideran restricciones ilegales efectuadas por el Reglamento a las facultades que la Ley 42/1997 atribuye a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

De los motivos de impugnación destacan aquéllos en que el Tribunal Supremo considera procedentes, en concreto, y en primer lugar, la nulidad del apartado 3 del artículo 3 del citado Real Decreto en el que se establece la necesidad de preaviso en el caso de actuaciones inspectoras en centros o dependencias de la Administración Pública a quien esté al frente de la institución a inspeccionar. La sentencia entiende que en este caso el Reglamento incluye una previsión distinta a la que la ley establece, incurriendo por lo tanto en un exceso respecto de la previsión legal. Precisamente la sentencia sirvió como referente a la reforma operada por el Real Decreto 464/2003, de 25 de abril, que modificó el real Decreto 707/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre el procedimiento administrativo especial de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para la imposición de medidas correctoras de incumplimientos en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración General del Estado. La Exposición de Motivos del Real Decreto 464/2003, recoge el precitado pronunciamiento de la sentencia de lo contencioso-administrativo que anula el apartado 3 del artículo 3 del Real Decreto 138/2000, suprimiendo así la obligación de preavisar las actuaciones inspectoras en centros o dependencias de la Administración Pública contemplada en el Real Decreto 707/2002.

En segundo lugar, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estima la pretensión recurrente de nulidad de la última frase del apartado 1 del artículo 11 de la norma impugnada. Dicha previsión reglamentaria establece la obligación de inspectores y subinspectores de abstenerse en asuntos en los que concurra interés para el sindicato o asociación a que pertenezca el miembro de la inspección. Al igual que en el caso anterior, la norma reglamentaria va más allá de la ley que debe desarrollar, superando la cobertura reglamentaria. El Decreto, entiende la sentencia, impide a los afectados por ella el ejercer todas las facultades que derivan de la libertad sindical.

2. LEYES AUTONÓMICAS

La existencia de normativa propia de la Comunidad Autónoma, en concreto Castilla y León, que excepciona la colegiación obligatoria de su personal funcionario y estatutario para el ejercicio de las funciones propias de carácter administrativo, incide sobre el ya consolidado criterio jurisprudencial que impone al INSALUD el abono de las cuotas de colegiación al personal sanitario al servicio de sus instituciones sanitarias. En este sentido, la **STS de 31 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 243, tras desestimar los motivos casacionales esgrimidos por el INSALUD en base a la doctrina reiterada de la Sala que reconoce el derecho de su personal sanitario a reintegrarse de las cuotas de colegiación abonadas en el supuesto de que trabajen en exclusiva para la Entidad Gestora, introduce una excepción en base a la existencia de normativa específica autonómica. Señala la sentencia que el problema general ya resuelto por la Sala tiene en Castilla y León una peculiaridad que se deriva de la existencia de la Ley de Colegios Profesionales de dicha Comunidad Autónoma que dispone que “los funcionarios y el personal laboral de las Administraciones Públicas en Castilla y León no necesitarán estar colegiados para el ejercicio de sus funciones administrativas”.

I. Fuentes del Derecho

En consecuencia, y tras un profundo análisis de la competencia autonómica de desarrollo en materia de corporaciones de Derecho Público, la sentencia entiende que la Comunidad Autónoma respectiva puede eximir a los empleados a su servicio de la obligatoriedad de colegiarse al tener asumida la competencia sobre su personal, pero dicha competencia no afecta a personal dependiente de otra Administración, en este caso, del denominado territorio INSALUD.

En este sentido, y sobre esta misma cuestión, se han pronunciado las SSTs de 27 de marzo y de 8, de 14 y de 29 de abril de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 491, 501, 514 y 529.

3. NORMA APLICABLE EN LOS TRASPASOS DE PERSONAL

Sobre las obligaciones que asume la Comunidad Autónoma en materia de personal una vez producida la correspondiente transferencia de las funciones estatales, se pronuncia la STS de 1 de abril de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 244. La cuestión de fondo del recurso de casación para la unificación de doctrina versa sobre la reclamación del importe de determinados complementos salariales en períodos anteriores y posteriores al 1 de enero de 2000, fecha en que tuvo lugar la transferencia de competencias del Estado a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en este caso en materia de educación. La Sala, con estimación del recurso, entiende que en materia de traspasos de competencia la transferencia del Estado a la Comunidad Autónoma afecta, además de a las funciones, al conjunto de bienes, derechos y obligaciones en relación con las materias que son transferidas, constituyendo así una carga cuya satisfacción incumbe exclusivamente a la Comunidad Autónoma que recibe la transferencia.

La aplicación de normas convencionales en supuestos de relaciones de trabajo de personal transferido a una Administración Autonómica y, en concreto, la aplicación, bien de la norma que regía con anterioridad al proceso transferencial o de la norma posterior se plantea en la STS de 21 de enero de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 9, dictada en recurso de casación para la unificación de la doctrina. La cuestión suscitada en el recurso de casación se refiere al modo de cálculo del complemento de antigüedad (trienios en este caso) de una trabajadora que presta servicios en régimen laboral a la Comunidad Autónoma de Madrid, cuya relación de trabajo había sido transferida a esta Administración Autonómica como consecuencia del traspaso a la misma de funciones y servicios en materia de enseñanza, desempeñados antes por el Ministerio de Educación y Cultura. Se trata así de determinar si el cálculo de los trienios ya adquiridos en el momento de la transferencia y correspondientes a los años de servicios consumados en el MEC se ha de hacer atendiendo a la cuantía consolidada que tenían en la normativa del organismo de procedencia o según la cuantía que fija el convenio colectivo del personal de la CAM, en cuanto que este último contiene una regulación más favorable para el trabajador demandado.

El pronunciamiento judicial entiende que la solución jurídica más correcta de la cuestión controvertida es aquella que da lugar a la aplicación del convenio colectivo que contenga en efecto una regulación más favorable del concepto, independientemente de que la

antigüedad se haya consolidado en la Administración transmitente o no, o, en su caso, que dicho concepto retributivo esté en curso de adquisición.

En este mismo sentido, y sobre este mismo asunto, se pronuncian las **SSTS de 28 de enero, de 18, de 31 de marzo y de 29 de abril de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 21, 477, 242 y 669, resolviendo sobre la aplicación del convenio colectivo de la Comunidad Autónoma.

Sobre esta misma cuestión, aunque con nuevos elementos de debate que se introducen sobre el criterio de afectación general para poder interponer recursos de suplicación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social en procesos cuya cuantía litigiosa no exceda de 300.000 pesetas, se pronuncia la **STS de 28 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 241. El fondo del asunto planteado es el mismo que el de las sentencias previamente comentadas, es decir, el derecho a percibir los trienios devengados con anterioridad al proceso transferencial en la cuantía del convenio para el personal laboral de la Comunidad de Madrid. La sentencia del Alto Tribunal, ante la existencia del hecho notorio de que la cuestión debatida afecta a gran número de trabajadores, en concreto, a todo el personal laboral transferido, ordena reponer las actuaciones al momento en que la Sala de Suplicación dictó su sentencia, sentencia que desestimó el recurso de suplicación al ser recurrible la sentencia de instancia al no alcanzar la cuantía límite para la suplicación.

4. CONVENIO COLECTIVO

A) Respeto al derecho necesario

Se suscita en la **STS de 27 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 490, la cuestión referida a los límites que imponen las normas legales frente a los convenios colectivos que las contradigan. En el recurso de casación ordinaria se ejercita una acción propia de la impugnación de un convenio colectivo en el que se impugna la ilegalidad de algunas cláusulas del Convenio General de Derivados del Cemento. La pretensión actora se fundamenta en la vulneración de lo dispuesto en el artículo 84.2 del ET. La súplica del recurso solicita que se declare que determinadas cláusulas convencionales carecen de valor, virtualidad y eficacia en relación con aquellos convenios colectivos o acuerdos que dentro del sector de derivados del cemento sean de ámbito inferior al estatal pero superior al de la empresa, siempre que estos convenios o acuerdos cumplan los requisitos que impone el párrafo segundo del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto no traten de la regulación de las materias que detalla el párrafo tercero del mismo artículo.

La controversia se ciñe a determinar si, a la luz del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, en su versión actual, se ha de determinar o no la nulidad de las cláusulas impugnadas en cuanto suponen, a criterio del demandante, una traba excesivamente rigurosa a la capacidad de negociación en ámbitos inferiores al cubierto por el convenio

I. Fuentes del Derecho

general. Como resultado de la reforma de dicho precepto se da preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, de ámbito que rebase el de la empresa, frente al superior anterior, en materias que no sean aquellas a las que se refiere el artículo 84, significando las expresiones “en todo caso” y “a pesar de lo establecido en el artículo anterior”, que emplea dicha norma, que se trata de cuestiones de derecho necesario y de obligado respeto por parte de los negociadores.

La sentencia que desestima el recurso, recordando anteriores pronunciamientos de la Sala y, en concreto, la Sentencia de 22 de diciembre de 1998, entiende que el precepto que contiene el párrafo segundo del artículo 84 es de derecho necesario, lo que significa que no puede reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan.

B) Ultraactividad del convenio colectivo. Contenido obligacional y normativo

La denominada ultraactividad, es decir, la vigencia prorrogada del convenio colectivo con posterioridad a la denuncia del mismo y, en concreto, de las cláusulas incluidas en el contenido normativo, se plantea en la **STS de 29 de abril de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 531, dictada en recurso de casación ordinario y en procedimiento especial de conflicto colectivo. La resolución del Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional que estimó la pretensión deducida por la Asociación de Baloncestistas Profesionales frente a la Asociación de Clubes de Baloncesto respecto del mantenimiento, vigencia y aplicación del artículo 27 del II Convenio Colectivo durante el período de ultraactividad del citado pacto. Dicho precepto convencional establecía la aportación de determinadas cantidades económicas a la contribución de un determinado fondo social.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia se parte de la dificultad conocida que presenta la distribución entre el contenido obligacional y el contenido normativo de un convenio colectivo. El objeto directo en el convenio, señala la resolución, es el propio contenido normativo, ahora bien, el que estemos ante una cláusula normativa no quiere decir que su vigencia se proyecte automáticamente *ultra vires* tras la denuncia, pues las partes gozan de autonomía negociadora para excluir parte del contenido normativo del ámbito de la ultraactividad. El examen del convenio evidencia que los negociadores fueron conscientes de esa circunstancia y efectuaron una expresa exclusión de ciertas materias, entre las cuales, no está sin embargo la litigada, por lo que, a contrario, hay que incluirla en la vigencia prorrogada. En consecuencia, y en aplicación de lo establecido en el artículo 86 ET, el mencionado artículo 27 del convenio colectivo se integra en el denominado contenido normativo y su vigencia se mantiene una vez concluida la duración pactada y en los términos en que se hubiera establecido en el propio convenio.

C) Convenios extraestatutarios. Nulidad

Resuelve la **STS de 18 de febrero de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 598, en proceso de impugnación de convenio colectivo planteado por los sindicatos UGT y Comisiones Obreras, sobre la nulidad de un pacto extraestatutario suscrito por una asociación empresarial y sus trabajadores. La Sala, estimando el recurso de casación interpuesto por la citada repre-

sentación sindical, declara la nulidad del convenio de eficacia limitada. La causa para fundamentar la nulidad radical de las condiciones pactadas en el acuerdo extraestatutario consiste en que las mismas son menos favorables que las contenidas en los convenios nacionales del sector y ello en invocación del artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores. Añade la sentencia que en el presente caso no puede hablarse de concurrencia de convenios sino de subordinación, es decir, que en el orden jerárquico de las fuentes que contiene el artículo 3 del ET, el convenio extraestatutario ocuparía un lugar posterior al de carácter estatutario. Por lo tanto, el debate no puede enmarcarse en las previsiones del artículo 84 del ET, regulador del problema de la concurrencia de convenios, sino en una cuestión de aplicación normativa y en la que rige la prioridad aplicativa del convenio colectivo de eficacia general. Se está, por lo tanto, en presencia de dos fuentes que confluyen a regular las relaciones laborales en ámbitos coincidentes y, por ello, se trata de un problema de aplicación preferente de uno u otro cuerpo de normas pactadas.

Señala la sentencia que:

“la solución del litigio ha de venir dada de la mano del artículo 3 antes aludido, como los recurrentes sostienen; ya se ve que un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía (...) y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados”.

La conclusión que se obtiene con ese razonamiento es que el pacto extraestatutario no puede contradecir las cláusulas del convenio colectivo de eficacia general, en perjuicio de los trabajadores.

5. VALOR DE LA JURISPRUDENCIA

Es objeto de discusión en la **STS de 14 de marzo de 2003**, I.L. J 469, Sala Cuarta, si debe aplicarse la doctrina jurisprudencial a hechos que le han precedido en el tiempo, o si bien ha de relegarse su observancia a los acaecidos con posterioridad. Se plantea en el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social la procedencia de la afiliación al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de un subagente de seguros que había sido desestimada por la sentencia de suplicación. Razona la Sala que la regla general acerca de la irretroactividad de toda norma jurídica que no disponga lo contrario viene expresamente consagrada en el artículo 2.3 del Código Civil, pero esta irretroactividad no puede predicarse respecto de la jurisprudencia pues ésta no tiene el carácter de norma jurídica y no constituye una fuente del ordenamiento al que únicamente complementa. Lo anterior significa que los pronunciamientos jurisprudenciales no son constitutivos sino meramente declarativos, de tal suerte que el precepto que haya sido objeto de interpretación jurisprudencial no se ve modificado por la doctrina que lo interpreta, sino que el significado y alcance del precepto interpretado ha sido siempre el mismo desde que la norma legal o reglamentaria de la que aquél forma parte se pro-

I. Fuentes del Derecho

mulgó, y lo seguirá siendo en tanto no se derogue o se modifique. Las sentencias, añade la comentada, sólo pueden tener eficacia constitutiva cuando así venga establecido por excepción como es el caso de control de la constitucionalidad de las leyes o de la legalidad de los reglamentos, pero aun en estos casos no se reemplaza la norma anulada sino que se declara la nulidad de ésta de acuerdo con otra norma (la Constitución o la Ley) y lo único que se preserva son los casos anteriores decididos por sentencias firmes.

Conforme lo anterior, también los pronunciamientos de la Sala (STS de 29 de octubre de 1997) fueron meramente declarativos y no constitutivos; el trabajo de los subagentes de seguros a los que se alude era o no era habitual antes de que la sentencia se pronunciara acerca de ella, pues dicha sentencia sólo declara lo que ya estaba en la expresión utilizada por la norma interpretada (artículo 2.1 del Decreto 2530/1970) y la interpretación lo único que hizo fue fijar un concepto jurídico indeterminado, operación esta que es normal y habitual en la tarea propia de la aplicación judicial del Derecho. Por ello, la doctrina de la meritada Sentencia de 29 de octubre de 1997 se aplicó, como es lógico, a un supuesto de hecho acaecido con anterioridad a la fecha de la propia resolución combatida que data del año 1999. No se puede desconocer la función complementaria de la jurisprudencia en su tarea de interpretación y aplicación de la ley.

Siguiendo este criterio se pronuncia la **STS de 7 de abril de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 499, que reitera la doctrina de unificación consolidada a partir de las sentencias de la Sala General de 29 y 30 de abril de 2002.

6. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Son constantes y numerosos los pronunciamientos judiciales afectantes al principio de condición más beneficiosa. Este principio de aplicación se traduce en el respeto a las condiciones individualmente reconocidas a los trabajadores frente a la aplicación de la norma legal o convencional de referencia. La **STSJ de Navarra de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 594, desestima el recurso interpuesto por la empresa contra la sentencia de instancia que estimó la demanda formulada por el comité de empresa, declarando injustificada la decisión de la empresa de proceder al cierre del economato laboral.

La cuestión nuclear planteada en la sentencia radica en si ha de considerarse o no como condición más beneficiosa el establecimiento patronal de un economato laboral para los trabajadores. Entiende la resolución que con base en el artículo 3.1.c) ET la condición más beneficiosa tiene su origen en el acuerdo privado de las partes individuales o en la voluntad de la empresa por la que se atribuye a los trabajadores un derecho superior al mínimo establecido por las normas legales de referencia. Una vez producida la mejora sobre los derechos mínimos garantizados por la normativa, la continuidad en su disfrute genera el derecho de los trabajadores a conservarlo, por haberse incorporado dicha condición, como más beneficiosa, al vínculo laboral. Consolidada de esta manera la mejora voluntaria o condición más beneficiosa, no está autorizada la empresa para restringirla o abolirla, revocando unilateralmente la disposición o el acto otorgado. De ahí que sólo puede ser modificada por acuerdo novatorio de las partes o, en su caso, por los

mecanismos de absorción o compensación o por el procedimiento previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores. A partir de estas consideraciones, la Sala desestima los motivos planteados por las empresas por cuanto la decisión empresarial de suprimir el economato laboral de la empresa se adoptó de forma unilateral sin observar las previsiones señaladas, resultando improcedente su revocación.

7. PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

Sobre el carácter irrenunciable de los derechos considerados como indisponibles a tenor del artículo 3.5 del ET se pronuncia la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de enero de 2003**, I.L. J 132. La cuestión litigiosa versa sobre la declaración de ineficacia de una cláusula que se venía incorporando a los contratos de los trabajadores y a cuya virtud se renunciaba a los acuerdos pactados entre los sindicatos y el Comité del centro de trabajo de la empresa Fasa-Renault, de Valladolid, sobre el plus de transporte. Desestimada la pretensión deducida por el Comité de la empresa demandada en la sentencia de instancia se interpone recurso en sede de suplicación fundado en la consideración del derecho al plus de transporte como un derecho indisponible de carácter general y, por ello, irrenunciable a tenor del artículo 3.5 del estatuto laboral, al tener fuerza vinculante *ex* artículos 37 CE y 82 ET.

La sentencia de la Sala entiende, como lo hizo la de instancia, que el acuerdo que queda alterado por las renunciaciones contractuales no tiene otra fuerza vinculante que la obligacional derivada de la autonomía contractual y sujeta por ello a las normas del Código Civil, por lo que los derechos atribuidos a los trabajadores con carácter individual, quedan sometidos a la posibilidad de disposición inherente a la autonomía individual. Añade la sentencia que la disposición sobre el plus de transporte no tiene carácter abdicativo unilateral, sino que es contrapartida de la obtención de otros beneficios en el contenido de la relación laboral, siendo así que, por otra parte, el plus de transporte no es un concepto salarial sino indemnizatorio y, por lo tanto, no se altera sustancialmente el sistema retributivo pactado colectivamente ni queda neutralizado el derecho a la negociación colectiva que, como tiene declarada la jurisprudencia constitucional, si bien puede limitar, no puede anular la autonomía individual.

Sobre las exigencias y características que debe reunir la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales para su validez se pronuncia la **STC 51/2003, de 17 de marzo**, I.L. J 191, dictada en recurso de amparo. La cuestión suscitada versaba sobre la presunta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por parte de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y posterior Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, declarando la inadmisión del recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto contra la sentencia de suplicación. En las instancias correspondientes se cuestionaba la validez y alcance de un acuerdo suscrito entre los sindicatos y el ente público "Radio Televisión Madrid" que puso fin a un conflicto laboral existente y mediante el cual se produjo una renuncia tácita al ejercicio de acciones derivadas de dicho conflicto.

I. Fuentes del Derecho

El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por las secciones sindicales, reconociendo el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes y anulando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Razona así el Tribunal Constitucional que si bien el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible no puede impedirse que pueda reputarse constitucionalmente legítima la renuncia a un ejercicio cuando ello redunde en beneficio del interesado. Ahora bien, la renuncia al ejercicio de los derechos fundamentales, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos, pues de lo contrario podrían legitimarse, a través de ella, situaciones contrarias a la dignidad humana. En definitiva, establece la sentencia de amparo, que, dado que no se pactó expresamente la renuncia a ejercitar posibles acciones de tutela de derechos fundamentales de huelga y libertad sindical presuntamente vulnerados por las actuaciones empresariales durante el conflicto laboral, nada obstaba a que la parte sindical recabase la oportuna tutela judicial, postulando la reparación de las consecuencias derivadas de la conducta empresarial afectante a los derechos fundamentales.

8. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Los criterios de interpretación establecidos en el artículo 3 del Código Civil son plenamente aplicables al ámbito laboral. La **STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2003**, I.L. J 109, trata de un supuesto en el que se resuelve sobre la posibilidad de que un trabajador con contrato temporal al que por sentencia se le reconoce la condición de fijo en el ámbito de la Administración Pública (personal laboral de Correos y Telégrafos) pueda ejercitar la opción entre readmisión e indemnización en el caso de despido improcedente a la luz de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación al personal laboral de Correos y Telégrafos. El convenio colectivo reconoce el beneficio de la opción al trabajador contratado como fijo. La sentencia, siguiendo doctrina del Tribunal Supremo instaurada por las sentencias de 12 de julio de 1994 y de 30 de septiembre de 1996 que ratifica el debate ya resuelto, entiende que los términos literales del precepto convencional, es decir, que el beneficio de la opción corresponde al “trabajador contratado como fijo” no puede alcanzar a los empleados contratados como eventuales e interinos y cuyo contrato se transforma en por tiempo indefinido por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual. A tal respecto, señala la doctrina del Tribunal Supremo, la contratación como fijo en las Administraciones Públicas es aquella en la que se cumplen los requisitos establecidos en la Ley 30/1984, de reforma de la función pública, y concordantes, es decir, que se produzca la constancia del puesto en oferta pública de empleo y su cobertura en procedimiento que garantice los procedimientos de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Recuerda la Sala que, en relación con la interpretación de las normas laborales, resulta obligado valorar el carácter especialmente dinámico de las normas legales protectoras del trabajador, así como que las normas no han de interpretarse tan sólo por su letra o texto gramatical, sino, según el artículo 3.1 del Código Civil, también por su contexto, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Añade la sentencia, recogiendo

doctrina del Tribunal Supremo, que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes.

9. RETROACTIVIDAD NORMATIVA. PRINCIPIO *PRO OPERARIO*

La STSJ de Aragón de 20 de enero de 2003, I.L. J 89, resuelve sobre la aplicación retroactiva de la reforma del artículo 216.3 de la Ley General de Seguridad Social operada por el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, que prevé la no extinción del subsidio por desempleo para mayores de 52 años por el mero hecho de que el beneficiario alcance la edad a la que pueda tener derecho a una pensión de jubilación en su modalidad contributiva. En concreto, se plantea la aplicación de la nueva normativa a situaciones, y en este caso subsidios, de desempleo ya extinguidos. El supuesto de hecho versaba sobre la procedencia o no de la continuación del subsidio de desempleo solicitado por una trabajadora a la que se le había extinguido el que venía percibiendo para mayores de 52 años y que pretendía la aplicación retroactiva de la meritada reforma.

Indica la sentencia que:

“las leyes no tienen efecto retroactivo salvo que dispusieren lo contrario y no puede aplicarse, por tanto, la mayor extensión del subsidio establecido en la ley reformadora a subsidios que se extinguieron antes de entrar en vigor la reforma, inexistentes en consecuencia cuando la norma que estableció una mayor duración de los mismos entró en vigor”.

Añade la resolución judicial que ni del artículo 3 del Código Civil se puede deducir lo pretendido por la recurrente ni el principio *pro operario* puede llevar a una interpretación que sería opuesta a la norma legal de irretroactividad de las leyes (artículo 2 del CC).

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 1 a 4 (2003) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 805) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

– STSJ de Galicia 28 de febrero de 2003 (recurso 242/2000), I.L. J 611.

1. El actor venía prestando servicios para el Ayuntamiento de Bayona desde el año 1986 como arquitecto municipal. La prestación de servicios se había formalizado a través de un contrato de arrendamiento de servicios suscrito con el Alcalde y en el cual se establecía como objeto la prestación de servicios profesionales por el actor. En concreto, el arquitecto se comprometía a asesorar a la corporación en temas de índole urbanística, a emitir informes sobre solicitudes de licencias de obras y a realizar cuantos cometidos técnicos sean propios de su profesión. Asimismo se acordó que el trabajo se realizaría mediante la asistencia a las oficinas municipales los miércoles de cada semana y se pactó una cantidad fija de abono mensual por los servicios prestados. En años sucesivos se celebraron entre el actor y el alcalde nuevos contratos en los que se fue ampliando el número de días en los que el actor debía acudir a las oficinas del Ayuntamiento y se fue incrementando proporcionalmente la retribución económica. En el momento de presentar la demanda, el actor acude al Ayuntamiento tres días a la semana en horario de ocho a tres y disfruta a lo largo del año de un mes de vacaciones. Su demanda reclamando la declaración de relación laboral fue estimada por la sentencia de instancia, contra la que interpone recurso de suplicación el Ayuntamiento.

2. En apoyo de su demanda, el Ayuntamiento había alegado incompetencia de jurisdicción pero el Juzgado de lo Social desestimó esta excepción y resolvió sobre el fondo del asunto. En su recurso, el Ayuntamiento alega infracción de los artículos 1.1 y 8.1 ET. Estima el Ayuntamiento que la relación entre las partes era de prestación de servicios profesionales y así había sido configurada: el arquitecto gozaba de plena autonomía en la ejecución y desarrollo de su trabajo, no se hallaba sometido a dependencia ni subordinación, no estaba dado de alta en la Seguridad Social, no tenía vacaciones regladas y cobraba mensualmente por minutas que presentaba en las que incluía el IVA. El Tribunal Superior de Justicia no acepta sin embargo esta argumentación porque se apoya en circunstancias que no aparecen recogidas en los hechos probados. Las condiciones en las que se desarrolla de hecho la prestación, tal y como han quedado reflejadas en los antecedentes de hecho, son las que deben ser valoradas para calificar la relación. Y en este supuesto, tales circunstancias permiten concluir la existencia de relación laboral.

II. Trabajador

3. La calificación de una relación de prestación de servicios como laboral o no debe efectuarse atendiendo a la auténtica naturaleza de dicha relación de modo que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Supremo, debe tomarse en cuenta “la realidad de su contenido, manifestado por los actos realizados en su ejecución, que sin duda debe prevalecer sobre la denominación que le atribuyeran las partes al formalizarlo por escrito” (STS de 23 de octubre de 1989). Partiendo de esta apreciación, cuando en una prestación de servicios concurren las notas de ajenidad, voluntariedad, dependencia y retribución, la relación debe calificarse como laboral al margen de la voluntad o denominación que hayan adoptado las partes. La sentencia que se comenta acude a la presunción de laboralidad recogida en el artículo 8.1 ET y condicionada a la concurrencia de cada uno de esos requisitos. Una vez acreditada la existencia de retribución –contraprestación económica percibida mensualmente por el actor y revisada anualmente el primer mes de cada año–, de dependencia –que se manifiesta en la existencia de un horario, en la prestación de trabajo determinados días a la semana en las dependencias del Ayuntamiento, en el sometimiento a la iniciativa y supervisión de la Secretaría del municipio o del propio alcalde o en el disfrute de vacaciones anuales, entre otras circunstancias– y la ajenidad –expresada a través de la percepción puntual de las cantidades mensuales acordadas–, la relación no puede sino ser calificada como laboral.

b) Actividad retribuida

– STSJ de Cantabria de 27 de enero de 2003 (recurso suplicación), I.L. J 413.

1. El demandante trabajaba de monitor de natación en unas instalaciones de un Ayuntamiento desde el 5 de noviembre de 2001 y fue cesado el 11 de marzo de 2002 de forma verbal. El Ayuntamiento organiza diversos cursos de natación y controla las inscripciones e ingresa las cuotas de los alumnos de los cursos.

2. Se debe estimar que se está ante un contrato de trabajo porque es evidente la existencia de voluntariedad, sin que se trate de un trabajo forzoso, y concurren las notas restantes para hablar de la laboralidad del vínculo. En lo atinente a la dependencia, porque el actor trabaja dentro de la organización y dirección del empresario, de modo que los cursos de natación quedaban supeditados al cumplimiento de las exigencias impuestas por la Corporación sobre los requisitos para participar, duración, horarios, frecuencia, etc. Existe ajenidad porque hay un destinatario de la prestación laboral, de modo que el quehacer productivo del demandante lo era para el Ayuntamiento, como demuestra el ingreso de las cuotas de los cursos. Finalmente concurre la retribución porque no se demuestra la existencia de servicios a título amistoso o de buena vecindad o de benevolencia, ya que la presunción de retribución ha de destruirse porque lo anómalo es la gratuidad y el carácter amistoso o de benevolencia. Frente a estos elementos no se ha probado por la demandada la quiebra de la presunción de laboralidad que se deriva del artículo 8.1, con “sustancial similitud” con el artículo 1.1 ET.

3. Dos observaciones procede hacer. Una es la relativa a la falta de prueba de la existencia de retribución en el caso en examen. No consta esa retribución. Se dice en la sentencia que no hay razones que lleven a afirmar la existencia de relación amistosa, porque eso es

lo anómalo. Pero ya la propia sentencia dice que los artículos 8.1 y 1.1 ambos del ET, son sustancialmente iguales. Pues bien, para que se pueda afirmar la existencia del contrato de trabajo, se requiere que se demuestre la retribución. No es que se presuma ésta, a falta de motivos que hagan pensar en actividad gratuita por amistad o servicios benévolos, sino que tiene que constatarse la existencia de los elementos constitutivos y uno de ellos es la retribución. De no haber retribución, puede al menos existir el derecho a ella. Pero en el caso que se estudia no se habla de elemento positivo alguno. La otra observación se centra en el tipo de contrato de trabajo que, en su caso, puede existir. No es actividad ordinaria de los Ayuntamientos organizar cursos de natación, por lo que lo normal es que concluya la prestación con la finalización del tiempo del curso, normalmente veraniego. Pero no será éste el supuesto a considerar porque si la prestación de servicios se ha iniciado en noviembre y ha acabado en marzo siguiente, no parece que pueda alegarse ningún motivo de temporalidad estival en su duración.

c) Actividad dependiente

Tres de las sentencias seleccionadas abordan la controvertida identificación de la nota de dependencia que va a permitir diferenciar el arrendamiento de servicios de la relación laboral.

– STSJ de Aragón de 16 de enero de 2003 (recurso suplicación), I.L. J 83.

1. Los límites entre el contrato de arrendamiento de servicios y el laboral constituyen nuevamente objeto de la resolución que corresponde comentar. Esta vez se recurre en suplicación la sentencia de instancia que declara inexistente la relación laboral entre D. Carlos A.A. y la Asociación de Usuarios de Miembros de la Mesa de la Lonja Agropecuaria del Ebro. Ambas partes habían suscrito con fecha 1 de enero de 1992 dos contratos de arrendamiento de servicios, uno con el objeto de que el hoy recurrente realizara un proyecto de instalaciones, supervisara su ejecución y pusiera en marcha una “frubasta”, contrato que se dio por finalizado en 1994, y un segundo con el fin de que confeccionara un boletín informativo semanal, a excepción del mes de agosto, seleccionando la información a contener, los artículos de fondo y el tratamiento técnico para su adecuación a los espacios disponibles, cuya duración se prolongó hasta 2002. Se destaca como hecho probado que el actor recibía a cambio de sus servicios profesionales una remuneración mensual por la que giraba facturas con IVA. Asimismo consta que D. Carlos gozaba de plena autonomía para realizar sus funciones en el marco de las directrices establecidas por el órgano ejecutivo de la Lonja, que carecía de horario fijo y que no daba instrucciones ni órdenes al personal de la Lonja. Igualmente se señala que el actor elaboró otros proyectos para distintos agricultores y ganaderos a título individual como Ingeniero Agrónomo.

2. El ponente del Tribunal Superior de Justicia analiza los distintos motivos de recurso alegados por D. Carlos. Mediante el primero de ellos se invoca indefensión por la no práctica de la prueba consistente en la presentación de unos determinados documentos, este

II. Trabajador

motivo es desestimado y mediante *obiter dicta* se recuerda que es requisito necesario para poder alegarlo haber formulado la preceptiva protesta en el momento procesal oportuno que no es otro que el juicio oral. Seguidamente se examina la posible infracción de los artículos 1.1 y 8.1 ET y con ello la posible existencia de una relación laboral entre las partes. Esta solución es descartada tomando en consideración los indicios de que el actor realizaba sus funciones con plena autonomía, sin recibir órdenes concretas más allá de las directrices generales marcadas por la Lonja, que el hoy recurrente giraba facturas con IVA y estaba de alta en IAE, que no estaba sujeto a horario alguno y que había elaborado proyectos en la Lonja a título individual como profesional libre. Todo ello es valorado por el ponente, quien concluye la ausencia de los elementos de dependencia y ajenidad en la relación y con ello su laboralidad. Por todo lo expuesto se estima la excepción de incompetencia de la jurisdicción laboral y se desestima la demanda.

3. El problema planteado en esta resolución es común en los supuestos en que se da la circunstancia de que el prestador de servicios es un profesional liberal. En el presente caso D. Carlos es contratado conforme a su formación para realizar labores peculiares de la misma a través del primer contrato, labores que posteriormente desarrollará para otros agricultores y ganaderos. Respecto de este primer contrato no caben dudas pues parece evidente su independencia y la no concurrencia de ajenidad. Sin embargo, mediante el segundo contrato se pacta la realización de un trabajo que pudiera ser realizado por cualquier otra persona, independientemente de su formación como Ingeniero: la realización de unos boletines semanales en los que ha de constar información sobre los precios mantenidos en las distintas mesas de la Lonja. Es en esta segunda contratación en la que las dudas se despiertan. Efectivamente concurren los indicios de que el actor facturaba con IVA, y estaba dado de alta en IAE, pero estos elementos han de ser valorados con cuidado para evitar que una persona que realiza unas labores que en sí mismas no requieren especial formación pueda ser excluida del ámbito laboral por su titulación. No obstante estos indicios unidos a otros como la independencia del actor para realizar sus labores, la ausencia de horarios, etc., sí pueden ser suficientes para excluir la existencia de relación laboral en este concreto supuesto.

– STSJ de Cataluña de 8 de enero de 2003 (recurso 6684/2002), I.L. J 208.

1. El demandante viene prestando servicios mediante la suscripción formal de un contrato civil de arrendamiento de servicios para la sociedad demandada, dedicada a la prestación de asistencia sanitaria, como diplomado en enfermería. La demandada mantenía acuerdos con diversas compañías médicas para que sus asociados pudieran recibir asistencia a través de ella. El demandante prestaba dos tipos de servicios, al Teatre Nacional los jueves y viernes y al Servicio de Urgencias de la demandada los sábados y domingos. Las solicitudes de asistencia domiciliaria eran canalizadas a través de una centralita telefónica, la cual con posterioridad pasaba el encargo al demandante para su desplazamiento al domicilio que conforme al contrato podía efectuar una ruta de trabajo, con atención preferente a las urgencias. De cada asistencia se expedía un albarán que entregaba a la demandada, con el que posteriormente ésta confeccionaba unos listados de atenciones con los importes correspondientes que servían para el pago por acto médico, según tarifas preestablecidas. Debido a una grave crisis económica de la demandada el demandante dejó de

percibir sus retribuciones, no había actividad en la empresa, el servicio de llamadas no recibe llamada alguna y, en consecuencia, el demandante dejó de prestar efectivamente servicio por inactividad de la empresa. El demandante sigue prestando sus servicios en el Teatre Nacional para otra empresa y admite tener consulta propia abierta y estar dado de alta en el RETA. Con esta reclamación se persigue la declaración de despido improcedente por entender que el vínculo que le une con la empresa demandada tiene carácter laboral.

2. La sentencia considera imprescindible partir de las notas configuradoras de la relación laboral conforme al artículo 1 LET. En este sentido entiende que los servicios de muchos profesionales pueden realizarse tanto en régimen laboral como en régimen de ejercicio libre “encontrándose la línea divisoria entre estas dos modalidades de prestación de servicios en la dependencia o en otras palabras en lo que la jurisprudencia ha venido a denominar como integración del trabajador en el círculo rector y disciplinario del empresario, con independencia del *nomen iuris* elegido por las partes para denominar a la relación jurídica que les liga”. La dependencia se manifiesta normalmente a través del tiempo, lugar o modo de la realización del trabajo, debiendo atenderse especialmente a si la ordenación del trabajo se lleva a cabo por el propio trabajador o siguiendo las directrices de la empresa así como las facultades de supervisión y control de la actuación por el profesional. De los datos analizados en este supuesto de hecho se deduce que “la relación que ligaba a las partes tenía carácter laboral, pues no son elementos para estimar lo contrario el que el trabajador pudiera elegir organizarse la forma de las visitas y elegir las rutas en los desplazamientos pues ello es razonable teniendo en cuenta el tipo de actividad que realizaba y en el que las personas asistidas eran distintas en cada ocasión no pudiendo por ello establecerse una ruta concreta observándose también que el asistente sanitario estaba a plena disposición de la empresa los días en que prestaba sus servicios, que sus honorarios eran fijados por la propia empresa con arreglo a unas tarifas estrictas que no podían ser modificadas por las circunstancias diversas que podían suscitarse en cada caso y proporcionando al trabajador todos los medios materiales para realizar su trabajo, tales como vendas, gasas, inyectables, etc., y sin que conste que tuviera la facultad de sustitución”.

3. La denominación de la relación por las partes como un contrato de arrendamiento de servicios no prejuzga su calificación definitiva como laboral si se demuestra, como parece deducirse de la sentencia, que existen todos los presupuestos sustantivos (DE LA VILLA) de la misma. En este caso concreto, la sentencia se fija de forma casi exclusiva en la dependencia y considera probado que el trabajador se encuentra dentro del ámbito de dirección y control del empleador, no pudiendo adoptar decisiones por sí mismo ajenas a las establecidas con carácter previo por aquél. Ciertamente, en todas estas zonas grises en las que la profesión liberal del trabajador se enmarca dentro de una relación por cuenta ajena con un empleador, esta nota, junto con la de la ajenidad, pueden ser fácilmente confundidas y, sobre todo, difuminadas. Pero existen indicios que permiten diluir las dudas creadas por una de las partes –con frecuencia el empleador– a fin de considerar que el margen de capacidad decisoria del trabajador es mínimo e imperceptible y que

II. Trabajador

realmente se halla integrado en el círculo rector y disciplinario del empleador. Así ocurre, en este supuesto, con la escasa capacidad del trabajador para fijar libremente la ruta de atención domiciliaria cada día, supeditada, por otra parte, a la prelación en función de las llamadas de urgencias recibidas.

– STSJ de Extremadura de 25 de febrero de 2003 (recurso 90/2003), I.L. J 754 .

1. Son hechos probados que la actora comenzó a prestar sus servicios para una clínica oftalmológica en septiembre de 1995 en calidad de médico oftalmólogo. Percibía por ello una cantidad mensual fija de 2.704,55 euros, a lo que se añadía un plus en función del número de pacientes que atendía y del las operaciones quirúrgicas realizadas, siendo así que en los tres últimos meses antes del cese de la relación había percibido, tal como refleja las facturas aplicadas por la actora, las cantidades brutas de 11.306, 9.223 y 7.070 euros, respectivamente. Añádase que la percepción de tales cantidades se producía mensualmente una vez emitida la correspondiente factura a la que se aplicaba la retención fiscal para profesionales liberales. Realizaba la prestación de servicios en el centro de la clínica demandada, si bien determinadas intervenciones quirúrgicas las realizaba en otra clínica distinta, la cual facturaba a aquélla; igualmente, la actora prestaba sus servicios para otras dos entidades que abonaban las liquidaciones a la demandada. Era la propia actora la que determinaba qué número de pacientes atendería y cuánto se les habría de cobrar; también decidía qué día no asistiría a la Clínica y su período de vacaciones. Se encontraba dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas y en el RETA. Con fecha 9 de julio de 2002 se le comunicó por parte de la entidad demandada que a partir de esa fecha prescindía de sus servicios profesionales. Tras promover conciliación sin avenencia la oftalmóloga interpone demanda por despido.

2. El TSJ comparte el criterio judicial de instancia que desmiente la existencia de relación laboral alguna entre la actora y la entidad demandada, al estar ausentes las notas de remuneración, ajeneidad y dependencia que caracterizan el contrato de trabajo. Aludiendo a una doctrina jurisprudencial consolidada señala que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y el de arrendamiento de servicios se encuentra en la nota de dependencia entendida como “integración en el círculo rector y disciplinario del empresario”. Y añade que semejante rasgo no tiene por qué manifestarse por indicadores clásicos como jornada definida, horario preestablecido, puesto de trabajo en las dependencias de la empresa, ordenación y control continuos, sino que, atendiendo a la realidad social, la dependencia puede reflejarse en otros aspectos de la ejecución del trabajo como la programación exclusiva del mismo por la empresa, la ordenación de las tareas mediante directrices detalladas y minuciosas, la imposibilidad de aceptar o rechazar las tareas encomendadas o la de no contar con colaboradores. Una valoración conjunta de estos indicios de dependencia pueden servir para apreciar la existencia de relación laboral, pero no es éste el caso, por cuanto la actora disfrutaba de total autonomía organizativa para prácticamente todos los momentos de su actividad; no se apreciaba una dirección empresarial de las tareas que no concretaba ni la forma ni la duración de la actividad desarrollada, y la remuneración dependía de la recaudación por las minutas despachadas y cuantificadas por la misma actora. Finalmente, el TSJ rechaza la aplicación de la presunción de existencia de laboralidad prevista en el artículo 8.1 ET, porque ésta sólo se establece cuando se constata la exis-

tencia de una prestación de servicios realizados en régimen de dependencia y mediante retribución, algo que no se aprecia en este caso.

3. El fallo y el razonamiento de la sentencia merece una valoración muy positiva. De forma singular quisiera destacar el hecho de que se aluda a la necesidad de adaptar los indicios de dependencia a una nueva realidad socio-laboral en la que los indicios clásicos en muchas ocasiones no pueden apreciarse con claridad. El único aspecto negativo es el que se refiere a la interpretación del críptico artículo 8.1 ET; no se entiende por qué el Tribunal considera aplicable la presunción en el supuesto de que concurran las notas de remuneración y dependencia, ¿por qué no la ajeneidad? Más lógico parece sostener que tal presunción supone una inversión de la carga de la prueba en situaciones en las que se dan en apariencia los rasgos definidores de la relación de trabajo: en tal caso, es responsabilidad del empresario demostrar la inexistencia de un vínculo laboral que si no se presume.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

a) Alta dirección

Se incluye en esta sección una interesante sentencia en torno al capitán de navío y su condición de personal de alta dirección.

– STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de marzo de 2003 (recurso 2263/2002), I.L. J 776.

1. La sentencia analiza el caso de un trabajador que primero desempeñó las funciones de oficial de 1ª de la marina mercante, ascendiendo al grado de capitán en 1990; finalmente, en septiembre de 2001 volvió a desempeñar la categoría de oficial de 1ª, hasta su jubilación, en diciembre de 2001. El actor considera que el desistimiento que se le notificó en junio de 2001, con efectos de septiembre de 2003, constituía un despido improcedente, puesto que la relación que unía al trabajador con la empresa fue siempre laboral común, y nunca relación laboral especial de alta dirección.

2. La sentencia confirmó la decisión de instancia, declarando que durante el tiempo en que desarrolló sus funciones como capitán de buque, la relación laboral era de alta dirección. Para ello se basa en varias SSTS (entre otras, véase la STS de 3 de marzo de 1990, Ar. 1752), que han declarado que la naturaleza de la relación laboral de capitán de buque es de alta dirección y no común. Además, en el momento del desistimiento, se abonó la correspondiente indemnización por la extinción de la relación laboral de alta dirección existente hasta ese momento, reabriéndose de nuevo la anterior relación laboral común, que se encontraba suspendida.

II. Trabajador

3. La sentencia vuelve a recordar una vez más que la determinación de la naturaleza de la relación laboral, común o especial, no es disponible para las partes y que siempre ha de estarse a las características del trabajo desempeñado. Hay que decir, en este sentido, que la jurisprudencia del TS señalada en la sentencia es válida, aunque no existen pronunciamientos recientes de la Sala a partir de 1990. Sí se han planteado casos en las SSTTJ, habiendo optado mayoritariamente por la alta dirección (así, por todas, STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1995, Ar. 806; en contra, STSJ de Madrid de 6 de junio de 1996, Ar. 2514). Ha de advertirse que el debate podría no estar cerrado, como lo demuestra la STS de 3 de octubre de 2000, Ar. 8290, que declaró acertadamente que los jefes de máquinas se encontraban sometidos a una relación común y, sobre todo, si se observa la poco acertada jurisprudencia constitucional sobre capitanes de buque y jefes de máquinas, muy influida por las viejas Ordenanzas Laborales del sector. La sentencia viene así a reafirmar el carácter de alto directivo del capitán de buque, a la par que a recordarnos la necesidad de reclamar la indemnización por desistimiento o despido cuando el alto directivo es “degradado” a una relación laboral común.

c) Penados en instituciones penitenciarias

– STSJ de Aragón de 5 de febrero de 2003 (recurso 1450/2002), I.L. J 163.

1. El demandante, interno en centro penitenciario, ha prestado servicios en virtud de relación laboral especial penitenciaria para la entidad demandada, esto es, para el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias (OATPP), percibiendo una retribución de acuerdo con el módulo retributivo aprobado por Consejo de Administración del OATPP. El interno había sido dado de alta en el taller Productivo de Economato del Establecimiento Penitenciario de Zaragoza por acuerdo de la Junta de Tratamiento del Centro. Con posterioridad, el interno presenta escrito dirigido al Director del Centro de Zaragoza en el que se declara en huelga de hambre y se niega a ingerir medicamentos para la dolencia que padece haciendo responsable de lo que pudiera sucederle a la Junta de Tratamiento ante lo cual, la citada Junta acuerda suspenderle y después extinguir la relación laboral especial penitenciaria. Recurrida dicha decisión, la Audiencia Provincial declara no ajustada a derecho la misma y la Junta de Tratamiento decide darle nuevamente de alta en el Economato de otro centro penitenciario. Por esta razón, el Director del antiguo centro decide extinguir la relación laboral especial penitenciaria que el demandante mantenía con el OATPP basando la citada extinción en el traslado del interno trabajador a otro establecimiento penitenciario por un período superior a dos meses. Sobre la disconformidad de dicha extinción se pronuncia la sentencia que se comenta.

2. El TSJ de Aragón precisa, en primer lugar, que el ámbito de la relación laboral especial de que se trata está subjetivamente constituida entre el interno trabajador y, como empleador, el demandado OATPP. Por lo demás, la demanda persigue la nulidad del despido efectuado con declaración de readmisión del trabajador interno en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido. Considera, sobre este punto, el Tribunal que el RD 782/2001, de 6 de julio, no invalida la jurisprudencia citada sobre esta materia con anterioridad por el Tribunal Supremo. Ello supone que la atribución a este orden social de los litigios individuales que se promueven entre las partes en esta relación laboral especial

por el cauce de la LPL no significa dejar sin efecto los límites establecidos en dicha relación, entre ellos, sobre la figura del despido que, por expreso deseo de la ley, queda fuera de este proceso. “Y con ello en modo alguno se viene a desconocer la competencia de este orden social en el ámbito extintivo de las relaciones especiales en talleres penitenciarios a que se refiere el artículo 10 del RD 782/2001 sino –puramente– que, tal como razona la sentencia, el despido (proceso especial aquí promovido), en la dimensión procesal y sustantiva que entraña esta figura, queda fuera del ámbito de estas relaciones.” En definitiva, “el Organismo Autónomo demandado –en cuanto único empleador en esta relación laboral especial– está sujeto en sus determinaciones a los efectos que deriven de las decisiones de la Administración Penitenciaria y, por tanto, cuando la Junta de Tratamiento, cuyos actos tienen su adecuado control en otro orden, adopta una resolución que, a su vez, queda configurada –como es el caso– como una de las causas que determinan la extinción de la relación laboral especial la consecuencia ineludible es que el Organismo Autónomo actúe conforme a la norma declarando la extinción de la tan citada relación laboral conforme a las previsiones del artículo 10 del RD 782/2001 citado; el cual, como se viene indicando, no contiene como una de las causas de extinción la de despido, modalidad que queda fuera de estas relaciones”.

3. Aun cuando en esta sentencia no se plantea un supuesto de calificación sobre la naturaleza laboral o no de la relación, su comentario resulta de interés toda vez que se desarrolla sobre una relación laboral recientemente reformada. Se considera relación laboral de carácter especial la existente entre el OATPP u organismo autonómico equivalente y los internos que desarrollen una actividad laboral en los talleres productivos de los centros penitenciarios, así como la de quienes cumplan penas de trabajo en beneficio de la comunidad. Esta relación, cuyo objetivo prioritario es la preparación para una futura inserción laboral del interno, tiene como único empleador al OATPP u organismo autonómico equivalente. Es él quien, con carácter exclusivo, puede planificar, organizar, controlar el trabajo del interno. Se trata de un trabajo productivo y remunerado, fijándose el salario en función proporcional al número de horas realmente trabajadas y según el rendimiento del trabajador. Bien es cierto que el Director del centro penitenciario en el que se encuentra recluido el interno posee una serie de competencias, en su calidad de delegado del organismo autónomo. Es el RD 782/2001, de 6 de julio (BOE del 7), la norma que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. Su artículo 10 recoge las causas de extinción de la relación y lo hace de forma amplia hasta el punto de que la libertad del penado para trabajar es tal que se contempla su renuncia al contrato de trabajo o la extinción por mutuo acuerdo. Pero no se reconoce la figura del despido, constituyendo la única relación laboral en la que se niega su existencia con las consecuencias que de ello se deriva tanto para el trabajador como para el empleador (MOLINERO FERRER). El Tribunal Supremo ha venido considerando (SSTS de 5 de mayo 2000, recurso 3325/2000 y 30 de octubre de 2000, recurso 639/2000) que si el Reglamento Penitenciario (precedente de este RD 782/2001 y redactado en idénticos términos en materia de despido) recoge las causas de extinción pero excluye el despido y si, como

II. Trabajador

declara expresamente, el Estatuto de los Trabajadores sólo se entiende aplicable en los casos en que se produzca remisión expresa por parte del mismo (en la actualidad, artículo 1.4 RD 782/2001), no cabe sino considerar que “el despido disciplinario con todas las connotaciones que tiene en el Estatuto de los Trabajadores, constituye una institución ajena a la relación especial de los penados en instituciones penitenciarias”. Es la Junta de Tratamiento del centro penitenciario la que asigna el puesto de trabajo al recluso y es a ella a quien corresponde darle de baja cuando exista causa de extinción de las contempladas en la norma. Comoquiera que el despido no está recogido expresamente, el orden social, competente para la resolución de conflictos individuales en esta relación laboral de carácter especial, no puede admitir la existencia de dicha figura en esta relación especial. Ésta ha sido la tesis mantenida también por el pronunciamiento que se comenta, sin plantearse que, quizás, en este caso, la decisión del centro penitenciario pudiera ser encuadrada dentro de una de las causas del artículo 10 RD 782/2001 (especialmente las causas del artículo 10.2 –razones de tratamiento apreciadas por la Junta, traslado del interno, disciplina y seguridad penitenciaria, incumplimiento de los deberes laborales básicos en la relación laboral, etc.–) y no como despido disciplinario. El mero hecho de que el despido no haya sido establecido por el legislador como causa de extinción de esta relación laboral de carácter especial no avala que no pueda ser apreciada la nulidad de la extinción contractual.

h) Estibadores portuarios

– STS de 15 de abril de 2003 (recurso de casación), I.L. J 258.

1. Los demandantes son gruistas, con la condición de estibadores portuarios y trabajan para una empresa privada, en vez de hacerlo para sociedad estatal de estiba y se interesa por ellos su afiliación al régimen especial de trabajadores del mar, si bien el Instituto Social de la Marina estimó que se debía de hacer en el RGSS.

2. Con base en el artículo 2 del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto, relativo al RETM, que dispone que quedarán comprendidos en dicho régimen especial los trabajadores por cuenta ajena retribuidos a salario o a la parte y que estén empleados, entre otras, en la actividad de trabajo de estibadores portuarios y en que según se añade, en el artículo 2 del Acuerdo de Regulación de las Relaciones Laborales en los Puertos de 3 de noviembre de 1993, esta regulación afectará a la totalidad de los estibadores portuarios contratados por las Sociedades Estatales en régimen de relación laboral especial o por las empresas estibadoras en régimen laboral común, se expresa que se ha establecido un régimen laboral del trabajo portuario idéntico para todos los trabajos de tal naturaleza sin perjuicio de que la relación que unía a cada trabajador con su empresa fuera distinto por imperio de la Ley, puesto que las empresas estatales de estiba y desestiba tenían un régimen laboral con sus trabajadores distinto del común por imperio del contenido del RD-Ley 2/1986, de 23 de mayo y RD 371/1987, de 13 de marzo. A ello se une que en la resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 21 de marzo de 1996, interpretó el artículo 2 del Decreto 2864/1974, en el sentido de afirmar que los gruistas que hubiesen pasado de trabajar para las Autoridades portuarias, a las socie-

dades estatales, deberían pasar del RGSS al RETM, en el que se le reconocerían todas sus anteriores cotizaciones. La conclusión que se adopta es que los estibadores portuarios demandantes, sometidos a una misma actividad laboral que quienes la realizan para una sociedad estatal, deben quedar englobados en el RETM.

3. En el I Convenio Marco de Relaciones Laborales de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias de A Coruña, Algeciras, Alicante, Almería-Motril, Avilés, Barcelona, Bahía de Cádiz, Baleares, Cartagena, Castellón, Ceuta, Ferrol, Gijón, Huelva, Málaga, Marín-Pontevedra, Melilla, Santander, Santa Cruz de Tenerife, Sevilla, Tarragona, Valencia, Vigo y Villagarcía se dice, en cuanto a los trabajadores, que afectará a la totalidad del personal de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias comprendidos en su ámbito funcional (niveles 1 al 12, ambos inclusive) (artículo 3) y en cuanto a las Autoridades Portuarias no citadas se regirán por el mismo convenio en cuanto se adhieran a él (artículo 1). El mismo Acuerdo para regulación de las relaciones laborales de 3 de noviembre de 1993 expresa, entre otros supuestos de mantenimiento de la diferenciación, que el estibador portuario que suspenda la relación laboral especial, por iniciar una relación laboral común con una Empresa afectada por el presente Acuerdo, conservará los derechos económicos de antigüedad en la Sociedad estatal anteriores a la fecha de suspensión. En el caso de que se reanudara la relación laboral especial por alguna de las causas previstas en el Real Decreto-ley 2/1986, el estibador se reintegrará en la Sociedad estatal siéndole de aplicación las condiciones de trabajo y los derechos económicos de los trabajadores de ésta, y de su mismo grupo profesional. El tiempo de trabajo prestado bajo el régimen de relación laboral común con suspensión de la Especial, se computará a efectos de antigüedad por la Sociedad estatal (artículo 7.1 y 2). Con ello sé bien que no se quiere suprimir la existencia de dos tipos de relaciones laborales, la especial y la común, sin perjuicio de que se homogeneice su régimen jurídico de cara al encuadramiento de todos en el RETM, lo que no siempre va a producir efectos favorables a los beneficiarios de prestaciones.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

– STS de 25 de marzo de 2003, Sala Cuarta (recurso de casación para la unificación de doctrina 4189/2001), I.L. J 625.

1. La presente sentencia resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de septiembre de 2001, la cual, estimando parcialmente la pretensión formulada por la recurrente, resolvió que el alta de oficio decretada por la TGSS, y correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 1998 durante el que vino desarrollándose la actividad de subagente de seguros, debía dejarse sin efecto a partir de los criterios mantenidos por la STS de 29 de octubre de

II. Trabajador

1997, Sala Cuarta. Se trata de determinar la eficacia retroactiva o no de dicho pronunciamiento con objeto de justificar el alta con efectos retroactivos acordada por la TGSS.

2. Apreciada la existencia de contradicción, el Tribunal acude a la doctrina establecida por la STS de 30 de abril de 2002 (recurso 212/2001), ratificada por otras posteriores, en torno al ya citado pronunciamiento de la misma Sala de 29 de octubre de 1997. En síntesis, aquella sentencia sostiene: primero, que la regla general acerca de la irretroactividad de las leyes consagrada en el artículo 2.3 del Código Civil no puede predicarse de la jurisprudencia, dado que ésta carece de carácter normativo y ni siquiera constituye una verdadera fuente del ordenamiento jurídico. Segundo, que, en este sentido, la STS de 29 de octubre de 1997 se limitó a declarar lo que ya estaba en la nota de habitualidad de la actividad realizada que da lugar a la inclusión en el RETA conforme a los artículos 2.1 y concordantes del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto; lo que explica que la doctrina contenida en dicho pronunciamiento se aplicara a un subagente de seguros que desde el año 1994 venía ejerciendo esa profesión y obteniendo por ella unos ingresos superiores al salario mínimo interprofesional. Y, tercero, que el TS ha declarado en reiteradas ocasiones que las disposiciones legales o reglamentarias aclaratorias o interpretativas no son derecho nuevo, sino mera interpretación del contenido y alcance del ya promulgado, de tal forma que si ello se predica de la norma escrita, con mayor razón ha de predicarse de la labor interpretadora que atañe al Tribunal. A partir de lo anterior, la sentencia comentada concluye que el TSJ no aplicó la doctrina correcta al no apreciar la pertinencia del alta en el RETA desde el inicio de la actividad en un caso en el que el subagente obtenía ingresos superiores al SMI, sin importar que la fecha del comienzo de dicha actividad fuera anterior a la importante STS de 29 de octubre de 1997; razón por la cual se estima el recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia recurrida.

3. El interés de la sentencia radica en la reiteración de una doctrina ya asentada referida a dos aspectos relativos al tratamiento de la figura del subagente de seguros. Por un lado, se sigue una vez más la doctrina establecida en la STS de 29 de octubre de 1997, según la cual, el criterio del montante de la retribución debe considerarse apto para apreciar el requisito de habitualidad previsto en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, sobre el RETA. Y, por otro, se acoge también la doctrina establecida a partir de la STS de 30 de abril de 2002, acerca de la aplicación de aquella doctrina a actividades desarrolladas con anterioridad a la mencionada fecha del año 1997. Una y otra posición son plenamente compartibles.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

Las dos sentencias siguientes ejemplifican, una vez más, los problemas derivados de la existencia de dos colectivos de personal, el funcional y el laboral, sometidos cada uno a un régimen jurídico diferente en la regulación de sus prestaciones de servicios. En concreto, estas dos sentencias seleccionadas, ambas del Tribunal Supremo, resuelven problemas relativos a la ordenación retributiva y los diferentes tratamientos que recibe uno y otro. A pesar de que los supuestos son distintos, los dos son expresivos de las dificultades

que trae consigo la existencia de esta dualidad en lo tocante al personal que presta servicios en las Administraciones Públicas y sus organismos.

– **STS de 12 de marzo de 2003** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3594/2001), I.L. J 465.

1. El supuesto que da lugar a la presente sentencia del Tribunal Supremo tiene su origen en una demanda formulada por varios empleados de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía. Se trata de empleados en régimen laboral con la condición de fijos, todos ellos educadores de adultos y que reclaman el abono de una cantidad mensual y atrasos en concepto de sexenios basando su pretensión en un Pacto sobre Educación de Adultos en virtud del cual se acordó equiparar la retribución del personal laboral con el personal funcionario. Dado que en suplicación se estimó la demanda, la Consejería interpuso un recurso de casación que se resuelve mediante la sentencia que ahora se comenta.

2. La Consejería recurrente argumenta que en las disposiciones aplicables se prevé, efectivamente, una equiparación retributiva entre personal laboral y personal funcionario pero no se incluye, sin embargo, el complemento de dedicación que percibían los funcionarios por hallarse expresamente excluido de la normativa y acuerdos precitados. En este sentido, el Tribunal apunta que una retribución equivalente no necesariamente ha de ser una retribución igual. Además, el Tribunal pasa a interpretar toda la normativa rectora de la citada equiparación ya que considera que sólo a la luz de la misma puede entenderse el punto 6º del Acuerdo sobre Educación de Adultos de 20 de febrero de 1991 en el que se apoyan los trabajadores demandantes.

El Acuerdo en cuestión fue el resultado de una negociación efectuada sobre las previsiones del Convenio Colectivo y de un previo acuerdo de la Comisión de Interpretación y Vigilancia del mismo. Ahora bien, el Acuerdo se adoptó en la Mesa Sectorial de Sanidad con la exclusiva finalidad de trasladarlo al contenido de unos futuros Decretos de desarrollo de la educación de adultos. Así pues, contenido en el Acuerdo de 20 de febrero constituye una suerte de paso previo en una legislación prenegociada, y no tendrá más fuerza vinculante que la que tenga esa normativa posterior a la que en el Acuerdo se remiten. Sin embargo, dichos Decretos no se dictaron nunca. Lo que sí hubo fue un Acuerdo de 26 de junio de 1991 ratificado por el Consejo de Gobierno donde se establecía una regulación concreta de los sexenios que los demandantes reclaman.

Del examen de toda la normativa, el Tribunal concluye que aquella equiparación retributiva entre personal funcionario y personal laboral se hizo con la exclusión expresa del complemento de dedicación que los funcionarios tenían reconocido y que después paso a tener la denominación de “sexenios” en virtud del mencionado Acuerdo de 26 de junio. Pero este cambio de nombre, argumenta el Tribunal, no llevaba implícito que este concepto hubiera de jugar en los términos de la comparación pues dicha comparación debía hacerse entre “el sueldo base, complemento de destino y complemento de categoría que percibía el personal laboral y el sueldo base, complemento de destino y comple-

II. Trabajador

mento específico, minorado este último en la cuantía correspondiente al complemento de dedicación, que percibía el personal funcionario. Si el personal laboral, según lo establecido, no podía pretender que en la comparación prevista entrara el complemento de dedicación, tampoco ahora podrá pretender que se incorpore el sustituto de aquél.

Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que la doctrina adecuada es la contenida en la sentencia de contraste y por consiguiente casa y anula la sentencia recurrida y resolviendo el recurso en términos de suplicación, estima el recurso interpuesto por la Consejería y ordena la revocación de la sentencia de instancia con la desestimación íntegra de las pretensiones formuladas por los demandantes.

3. Para situar debidamente el contenido de la presente sentencia es preciso tener en cuenta las peculiaridades que revisten las relaciones entabladas entre los organismos públicos, en este caso una Consejería de una Comunidad Autónoma, con el personal que presta sus servicios por cuenta de ellos. Hay que tener presente, claro está, la dualidad que se da entre los colectivos de empleados, pues se trata tanto de trabajadores sometidos a un contrato de trabajo, como de funcionarios públicos sujetos a una relación estatutaria. Con ello se explican también las diferencias que se presentan en materia de negociación colectiva en este ámbito.

Así, en este caso, los funcionarios regularon algunos de los aspectos retributivos que les afectaban (el complemento de dedicación que luego pasó a ser denominado sexenio) mediante un Acuerdo de los establecidos por la Ley 9/1987 reguladora, entre otras cosas, del derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos. De hecho, según esta norma, los Acuerdos precisan para su validez la ratificación expresa del órgano de gobierno competente en la materia y así se hizo en el presente caso.

Por otra parte, se encuentra el repetido Acuerdo sobre Educación de Adultos suscrito el 20 de febrero de 1991 entre la Consejería de Educación y varias centrales sindicales y, en virtud del cual se acordó la equiparación retributiva de ambos colectivos, funcionarial y laboral. Pero, al decir de la sentencia dicho Acuerdo lo que contenía era el compromiso de trasladar dicho contenido a los futuros decretos reguladores de la educación de adultos. He aquí la cuestión más relevante de las que se plantean en orden a la resolución del presente supuesto. No habiendo posteriores normas que recojan el contenido de lo acordado, la mencionada equiparación retributiva carecerá de fuerza vinculante. Por ello será preciso atender al resto de las disposiciones reguladoras de la materia con el fin de que sirvan de complemento y apoyo.

Y del examen de la citada normativa se desprende una vez más la característica relevante en este ámbito como es la diferencia de regímenes entre los dos colectivos, funcionarios y laborales. Precisamente, es con fundamento en esta diferencia por lo que se pueden encontrar a su vez diferentes contenidos en las relaciones de servicios de uno y otro personal con la organización pública. El presente supuesto sirve de paradigma para todos los posibles porque la equiparación retributiva acordada debe establecerse a través de los instrumentos específicos para unos y otros y, además, puede ser que no actúe sobre elementos homogéneos lo que dificultará aún más lograr el propósito referido.

– STS de 9 de abril de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1065/2002), I.L. J 251.

1. El Acuerdo Marco sobre la mejora de condiciones profesionales del personal de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos pactado con los sindicatos más representativos, tenía previsto en su apartado VIII dedicado a las retribuciones que se incorporaría al sistema retributivo de la Entidad Pública una paga de resultados vinculada al cumplimiento de los objetivos de la misma y según unos criterios y unos parámetros que se acordarían en la Mesas de Retribuciones y Empleo. Pues bien, en virtud de este Acuerdo se estableció una paga de 15.000 pesetas anuales únicamente para el personal funcionario durante el año 1998 y para el personal laboral fijo, la misma percepción en 1999 y 2000. Una vez que los funcionarios de la mencionada entidad pública hubieron cobrado el complemento, el personal laboral presentó demanda reclamando también para ellos la percepción correspondiente al año 1998. En primera instancia el Juzgado de lo Social de Granada desestimó las demandas. Recurrida en Suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, estimó el recurso por entender que el establecimiento de la paga de resultados únicamente en 1998 y únicamente para el personal funcionario y no para el laboral suponía un trato discriminatorio al no estar justificada objetivamente la distinción realizada. Frente a dicho pronunciamiento se interpuso Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, origen de la sentencia que ahora se comenta.

2. En su sentencia el Tribunal Supremo aborda consecutivamente dos cuestiones diferentes pero vinculadas entre sí para la resolución de este caso. En primer lugar se detiene en la precisión de las relaciones entre el principio de igualdad y el de no discriminación. Así, con cita de la propia Jurisprudencia de la Sala en la materia (SSTS de 17 de mayo de 2000 y de 19 de marzo de 2001), se recuerda que no cabe identificar el principio constitucional de igualdad, con la proscripción de la discriminación, aunque uno y otra tengan su sede en el artículo 14 de la Constitución. Y es que por una parte se encuentra el principio de igualdad ante la Ley y en la aplicación de la Ley por todos los poderes públicos, y por otra la prohibición de discriminación y la necesidad de eliminarla por cuanto representa una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación utilizado. Así pues, no toda diferencia de trato irrazonable o injustificada tiene por qué ser una discriminación. Las discriminaciones consisten en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en cuenta condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación. De este modo, el Tribunal argumenta en este caso que las condiciones retributivas diferentes en la empresa pueden ser un factor que no justifique un tratamiento diferente en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, pero no constituye un factor de discriminación en el sentido precisado.

Y así se pasa ya, en segundo lugar, al análisis de si en el presente caso efectivamente se vulneró por la entidad pública el principio de igualdad retributiva. Se trata de ver si el

II. Trabajador

diferente trato que el Acuerdo Marco efectuó en el año 1998 entre personal funcionario y laboral tiene alguna justificación objetiva o carece de razonabilidad y por tanto es necesario llevar a cabo la equiparación retributiva en ese concepto para ese año. Para dar respuesta a esta cuestión, de nuevo se remitirá el Tribunal a su propia doctrina establecida en las SSTs de 28 de enero y 3 de febrero de 2003. El diferente trato retributivo que indudablemente supuso en el año 1998 el que únicamente el personal funcionario recibiese la paga de resultados y no el personal laboral (que lo cobraría en los años 1999 y 2000), tiene a juicio del Tribunal una justificación objetiva y razonable que deriva fundamentalmente de la distinta naturaleza del vínculo, de su distinto régimen jurídico y de la distinta posición que respecto a unos y otros tiene la Administración como empresario en relación con el personal laboral y como entidad revestida de imperium con el personal funcionario. Por lo tanto, en el presente caso el Acuerdo Marco de 3 de diciembre de 1998 es claro en sus términos en lo que se refiere a la exclusión del personal laboral para el percibo de dicha paga en 1998 y el Tribunal concluye que no se ha vulnerado el principio de igualdad retributiva. Por ello casa y anula la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestima el de tal clase interpuesto en su día contra la sentencia del Juzgado de lo Social de Granada.

3. La presente sentencia del Tribunal Supremo examina una vez más la cuestión relativa a la igualdad retributiva entre personal laboral y personal funcionario en Correos y Telégrafos. No sólo en este ámbito determinado de la citada entidad pública empresarial se han planteado cuestiones similares a la que ahora se plantea, las diferencias de trato entre los dos tipos de personal, laboral y funcionario, han constituido un supuesto litigioso muy frecuente en la Jurisprudencia, también en la constitucional, pues el TC en sus sentencias 57/1982 y 90/1984 abordó esta cuestión estableciendo la doctrina que ha seguido después el Tribunal Supremo cuando se ha enfrentado a cuestiones de similar naturaleza. Básicamente, el argumento es que tratándose de dos colectivos diferentes en su régimen jurídico e incluso en su fundamento, se encuentra justificado el distinto tratamiento que reciben, en este caso en lo que respecta a los aspectos retributivos, pero es posible extender el mismo a otros extremos en los que existen diferencias de regulación entre uno y otro colectivo.

Por lo general, la tendencia es homogeneizar el tratamiento de ambos pese a que ello se deba instrumentar por canales distintos, por ejemplo, para el personal laboral a través de un Convenio Colectivo y para el funcionario a través de un Pacto o un Acuerdo. En el supuesto presente no queda establecido, a mi juicio, con la suficiente claridad el motivo por el que no se ha incluido al personal laboral entre los colectivos beneficiarios de la paga en el año 1998 aunque sí lo hicieran para los años sucesivos. Probablemente estuviera en vigor lo pactado en un convenio colectivo cuya vigencia alcanzara también al año 1998. En cualquier caso, es clara la distorsión que este tipo de situaciones producen en la gestión de una plantilla sometida a semejantes heterogeneidades en la regulación de su personal. La referida doctrina constitucional que amparaba el tratamiento distinto con los fundamentos antevistos puede ser entendida cuando lo que se planteaba era la propia existencia de diferencias de régimen jurídico regulador entre los colectivos. Pero en el caso concreto del tratamiento retributivo se entiende difícilmente que pueda abonarse un salario diferente a dos personas que, por ejemplo, realizan un trabajo equivalente, sólo con base en las diferencias

de regímenes. Esto pone una vez más sobre la mesa el inabordable asunto de la dualidad de personal al servicio de una organización de naturaleza pública.

Finalmente, no se puede terminar sin hacer referencia a otro aspecto que no se ha discutido en la presente sentencia aunque sí ha sido mencionado. Éste es el relativo a la exclusión absoluta del derecho a la percepción de la mencionada paga del personal con contrato temporal. Tratándose de una paga relacionada con los resultados podría alegarse el factor de la temporalidad como un elemento que dificultaría la medición de los mismos dada la limitación temporal en la prestación de servicios. Ello bien pudiera servir de fundamento en determinados supuestos en los que efectivamente el plazo de duración es realmente corto, pero difícilmente puede admitirse sin provocar serias dudas de legalidad cuando, como ocurre en un buen número de casos, la temporalidad de los contratos es sólo la fórmula legal que ampara prestaciones de servicios continuadas o aún tratándose de verdaderos contratos temporales, que puede haberlos, no se comprende cuál es la justificación de su exclusión de la participación y el disfrute de esta paga. Se puede decir que en este caso, pese a los argumentos del Tribunal relativos al principio de igualdad y el de no discriminación, encontramos una diferencia de trato no justificada entre trabajadores fijos y temporales de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos.

La siguiente sentencia aún tratándose igualmente de cuestiones relativas al personal contratado en las administraciones públicas, se refiere más en particular a cuestiones diferentes de las vistas en las dos sentencias que anteceden. Aparentemente, este pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña puede dar la impresión de referirse exclusivamente a cuestiones de índole procesal relativa a la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales y la competencia jurisdiccional para resolverlas. Sin embargo, plantea además un asunto de fondo relevante que se refiere a la capacidad autorganizativa de un organismo público y la posibilidad de limitar la misma por la plena vigencia de la normativa de origen laboral.

– STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2003 (recurso 3825/2002), I.L. J 370.

1. Los demandantes en la instancia son delegados de personal del Patronat d'Apostes de la Diputació de Barcelona (entidad constituida como organismo autónomo de la citada Diputación) y pretendían el derecho de los trabajadores del Patronato a cubrir de forma retringida las plazas vacantes que se produjeran en el organismo así como la anulación del nombramiento del codemandado como Jefe de la Unidad de Gestión Económica. La sentencia de instancia desestimó su demanda inicial al apreciar la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de la cuestión planteada.

El personal laboral del Patronato d'Apostes se rige por el Convenio Colectivo de dicho organismo cuyo artículo 6 establece que las plazas vacantes que se hayan de cubrir, se convocarán de forma restringida entre el personal del Patronato y en el caso de que el personal convocado no reúna los mínimos exigidos o ninguno optase a la plaza vacante, ésta se declarará desierta y podrá convocarse nuevamente de acuerdo con lo que dispo-

II. Trabajador

ne el Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, el pleno de la Diputación de Barcelona acordó clasificar como de régimen funcional las plazas del organismo autónomo indicado y así, estableció una nueva estructura orgánica y creó, entre otros, el puesto de Jefe de la Unidad de Gestión Económica aprobando posteriormente la forma de su provisión mediante concurso específico. De este modo fue cómo la citada plaza se adjudicó al code mandado funcionario de la Diputación de Barcelona.

La sentencia de la instancia considerando que la pretensión de los demandantes era una pretensión declarativa de conformidad con el artículo 6 del Convenio Colectivo y, como consecuencia de ello, la anulación del nombramiento del demandado como Jefe de la Unidad de Gestión Económica, concluye que no son dos peticiones acumuladas o alternativas sino una sola declaración de derecho. En consecuencia, niega la existencia de una cuestión prejudicial y declara, como se ha dicho al principio, la incompetencia jurisdiccional para conocer de la cuestión que, según la sentencia no es más que la impugnación de un acto administrativo. Contra este pronunciamiento recurren en suplicación los demandantes ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña cuya sentencia pasamos a comentar.

2. Ciertamente, como pone de manifiesto la Sala en su sentencia, la pretensión de los demandantes no es otra que el reconocimiento del derecho de los trabajadores con vinculación laboral a que se respete lo establecido en el Convenio colectivo en orden a la cobertura de las vacantes. Independientemente de que la vulneración denunciada se haya hecho patente a través de un acto administrativo, no es el objeto de este proceso el examen de la legalidad de dicho acto desde el punto de vista del derecho administrativo sino de la normativa laboral porque se pretende obligar a la Administración a cumplir lo pactado en el Convenio Colectivo.

En la STS de 10 de julio de 2000, el Alto Tribunal tiene establecido que el conocimiento de la impugnación de un acto administrativo que acuerda la amortización de una plaza de una institución sanitaria de la Seguridad Social corresponde al orden contencioso-administrativo pero ello no impide que la comprobación de la existencia legal de dicha amortización sea una cuestión que pueda y deba ser conocida prejudicialmente por el orden social.

Aplicando al presente caso esta doctrina del Tribunal Supremo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña entiende que aunque la impugnación de los actos administrativos que acordaron clasificar como de régimen funcional las plazas y puestos de trabajo del Organismo Autónomo demandado y la adjudicación de una plaza a personal funcionario deban producirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, existe en la demanda una cuestión prejudicial que resulta de pleno y exclusivo conocimiento de la jurisdicción social como es la vigencia, aplicación y cumplimiento por parte de las demandadas del artículo 6 del Convenio Colectivo por el que se rige el personal laboral del citado organismo.

En consecuencia, se estima el recurso de suplicación revocándose íntegramente la sentencia impugnada y devolviéndose las actuaciones al Juzgado de procedencia para que el

magistrado *a quo*, con plena libertad de criterio, dicte nueva resolución en la que entre a resolver la cuestión prejudicial planteada.

3. En números anteriores de Justicia Laboral se han incluido comentarios a sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de Tribunales Superiores de Justicia, en las que el asunto litigioso giraba en torno a la delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el laboral cuando del enjuiciamiento de las facultades de gestión del personal en organismos públicos se trata. Unas veces se tratará de expectativas de derecho con ocasión de las llamadas “bolsas o listas de contratación”, otras veces serán cuestiones referidas a la promoción interna del personal y, finalmente, encontramos sentencias, como la presente, en las cuales el asunto litigioso relativo a la delimitación de competencia de jurisdicción viene directamente relacionado con la existencia de una cuestión prejudicial.

Sobre unas y otras materias tiene el Tribunal Supremo establecida ya una línea jurisprudencial de la que se ha dado cumplida cuenta, como decimos, desde estas mismas páginas. En el presente supuesto, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recibe dicha jurisprudencia y admite la existencia de una cuestión prejudicial que es de pleno y exclusivo conocimiento del orden social de la jurisdicción. De este modo, a este orden le compete establecer si existía una vinculación por parte del organismo demandado a lo dispuesto en materia de cobertura de vacantes por el artículo 6 del Convenio Colectivo vigente para el personal laboral.

No sabemos en el presente supuesto cuál será la resolución que a este respecto adoptará el juzgador *a quo* a quien la sentencia dictada en suplicación ordena entrar a conocer de la cuestión, pero, en cualquier caso, parece claro que el Tribunal quiere dar a entender que de lo que se resuelva respecto del incumplimiento o no de lo establecido en el Convenio Colectivo será una u otra la resolución relativa a la impugnación de los actos administrativos que acordaron clasificar como de régimen funcional las plazas y puestos de trabajo del Organismo Autónomo demandado.

– STS de 17 de febrero de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina 2082/2002), I.L. J 32.

1. La contratación del actor se realizó verbalmente en 1980 por el cónsul general de España en Bélgica, a través de contrato administrativo de colaboración temporal, comunicando aquél la contratación al Ministerio de Asuntos Exteriores. La relación se laboralizó en 1986, tras superar el actor el concurso convocado de conformidad con el Acuerdo Administración-Sindicatos plasmado luego en los apartados 1 y 2 de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/1984, celebrándose por escrito contrato de trabajo. Tras ello, el actor ha pretendido que se le aplique el convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración del Estado, pese a continuar la prestación de servicios en el extranjero.

II. Trabajador

2. La sentencia de instancia (Juzgado de lo Social de Madrid) estimó la pretensión actora, pero fue revocada en suplicación (Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencia de 27 de marzo de 2002), fundamentando el fallo en el artículo 1.4.1 del convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración del Estado, cláusula en la que se excluye del ámbito del convenio al personal contratado en el extranjero. Razona la sentencia que el contrato se celebró efectivamente fuera de España, aunque posteriormente se formalizase por escrito en territorio nacional. Contra la última de las sentencias citadas, el actor recurre en casación para la unificación de doctrina y la Sala Social del Tribunal Supremo –tras admitir la contradicción con la sentencia elegida como de contraste, de la misma Sala de Madrid, de 9 de mayo de 2001– rechaza el recurso, confirmando la sentencia recurrida, invocando su propia y reciente Sentencia de 5 de diciembre de 2002, recaída en asunto similar, contentándose a partir de ahí a reproducir sus argumentos básicos “(...) en aras del principio de seguridad jurídica (...)” Mantiene la Sala que (...) “del proceso de laboralización se deduce claramente que éste consistió en transformar en contratos laborales los primitivos contratos administrativos, pues no variaron los elementos sustanciales del primitivo contrato, al seguirse prestando los mismos trabajos o servicios y percibiendo las mismas retribuciones. Por otra parte no ha existido una sustitución del contrato administrativo por uno nuevo laboral, y el único acto formal de la laboralización que fue la convocatoria, participación y celebración del concurso de méritos, ésta se realizó en el extranjero y no en España (...)”

3. Como en muchas otras ocasiones, lo primero que se aprecia es una escasa claridad en el relato fáctico, pues no acaba por saberse si la firma del contrato se realizó físicamente en España [(...) en el resumen de la sentencia de suplicación, reproducida en la fuente documental de la que se toma la referencia, se dice literalmente “(...) aunque con posterioridad se formalizase por escrito en España (...)”) o en el extranjero, sin desplazamiento del actor desde Bruselas a Madrid [en el mismo resumen documental de la sentencia de casación se dice “(...) ni los actos formales en que el mismo –proceso de laboralización– tuvo efectividad se celebraron en España”]. La aclaración de ese dato sería imprescindible para adoptar un criterio definitivo en cuanto a la valoración de la sentencia. Sin embargo, si lo que el convenio colectivo excluye de su ámbito no son los contratos cuyas prestaciones se presten en el extranjero, sino los contratos que se hayan celebrado en el extranjero –lo que significa incluir en sus cláusulas a los contratos ejecutados en el extranjero, cuando se hayan suscrito en España– es bastante evidente que la sentencia incurre en un formalismo excesivo e, incluso, acepta un pauta opuesta al principio de interpretación restrictiva de lo odioso. En todo caso, no hay mayor problema en lo que respecta al reconocimiento de la relación laboral entre las partes, pues ni se pretende por ninguna de las implicadas en el proceso, ni se entiende por ninguno de los tres órganos judiciales intervinientes en el mismo, que al actor no le convenga la calificación jurídica de trabajador por cuenta ajena sujeto a la normativa laboral. Estamos claramente ante un supuesto de exclusión de una normativa convencional y profesional concreta, pero no de la normativa laboral estatal en su conjunto.

C) Autónomos

– STS de 20 de enero de 2003 (recurso de casación para la unificación de doctrina), I.L. J 5.

1. En esta ocasión, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina presentado frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que a su vez conoció del recurso de suplicación planteado por el hoy recurrente D. Sergio C.S. contra la resolución del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, ante un proceso por despido frente a la Asociación de Exportadores Asturianos. La cuestión central parte del hecho declarado por las resoluciones precedentes de la existencia de una relación laboral entre las dos partes implicadas encubierta bajo la forma de un contrato de arrendamiento de servicios. A ello se suma la circunstancia de que a dicho contrato se le había fijado una fecha de extinción dotándole de una temporalidad sin que conste causa que la justifique. En consecuencia, el problema que se plantea es si la extinción de este contrato declarado judicialmente de naturaleza laboral, ha de ser considerado despido o concluido por cumplimiento del plazo fijado en el contrato de arrendamiento de servicios.

2. Tras aceptar el presupuesto de contradicción entre las sentencias presentadas por el recurrente, el Tribunal casa y anula la sentencia recurrida por D. Sergio C.S. Sus argumentos jurídicos parten de la distinción de dos infracciones legales en el caso planteado, la primera servirse de un contrato de arrendamiento de servicios para dar forma legal a un contrato de trabajo, y la otra dotar de temporalidad a un contrato sin que concurra causa legal que lo justifique. Se afirma que la declaración de laboralidad de un contrato por los tribunales no anula todas las cláusulas contenidas en el contrato que le daba forma por lo que, una vez suprimida la presunción de carácter indefinido del contrato de trabajo contenida en el artículo 15 ET, es posible respetar la cláusula que fija un plazo de duración determinada del mismo siempre y cuando se respete la naturaleza causal de todo contrato laboral temporal. Como en el caso que se revisa no consta que exista causa que justifique la temporalidad del contrato, ni siquiera prueba por parte del empleador de que la misma concurría, el Tribunal entiende que el contrato es indefinido y su extinción supone un despido improcedente conforme al artículo 55.4 ET con las consecuencias previstas en el artículo 56 del mismo texto legal.

3. El tema nuclear de esta resolución es la declaración del carácter indefinido o temporal de una relación laboral reconocida judicialmente, a fin de dilucidar si su extinción supone un despido o la conclusión de un contrato temporal sin las consecuencias que implica el primero. No obstante el hecho de que la relación laboral haya nacido bajo la forma de un contrato celebrado en fraude de ley ha de ser tomado en consideración. El motivo del fraude es evitar la protección derivada de la legislación laboral, que ampara con un régimen especial al trabajador cuya relación es extinguida por voluntad del empleador sin causa justificada. Por otro lado, y pese a la supresión de la mención expresa a la presunción del carácter indefinido de los contratos laborales contenida en el artículo 15 ET, la contratación temporal sigue siendo vista por el legislador como excepcional, por lo

II. Trabajador

que se mantiene la exigencia de su justificación por alguna de las causas para las que ha sido prevista. Por todo ello se considera que la presunción de carácter indefinido de la relación laboral se ha de mantener vigente en estos casos en los que se evidencia que se ha contratado fraudulentamente con el fin de eludir la protección por despido que ampara a todo trabajador por cuenta ajena, al no concurrir además una causa expresa o probada por el empleador de la naturaleza intrínsecamente temporal de la labor para la que ha sido contratado dicho trabajador.

D) Profesiones liberales

– STSJ de Galicia de 18 de enero de 2003 (recurso 5563/2002), I.L. J 387.

1. El actor es apoderado de la compañía mercantil “Zentara, SL”, constituida por su propia hija, que le atribuyó “amplios poderes” el propio día de la constitución social. El actor lleva a cabo tareas de asesoramiento y de intermediación financiera para la sociedad limitada “Hortalizas e Legumes”, tanto en el local de esta empresa, como en el de Zentara, como en el domicilio de los terceros con los que la demandada “Hortalizas e Legumes” mantenía relaciones comerciales, siendo retribuido a la finalización de determinados servicios. La demandada proveía al actor para la negociación y pago de las deudas de la empresa, pero en alguna ocasión atendió éste las facturas con fondos propios. El Juzgado a quo estimó la incompetencia en la reclamación de despido del actor contra “Hortalizas e Legumes”, por no haber existido relación laboral sino civil de arrendamiento de servicios, remitiéndole consiguientemente al orden civil.

2. Recurrida la sentencia en suplicación, la Sala *ad quem* la confirma en todos sus términos, revisando en su integridad el relato fáctico al tratarse de una cuestión de orden público, con el resultado de ratificar asimismo en su integridad el que figura en la sentencia de instancia. A partir de ahí, razona que la existencia de una relación laboral exige la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia, siendo necesario para que ésta concorra “(...) que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector y disciplinario del empleador, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil”, invocando al respecto las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1985 y 9 de febrero de 1990. Volcando esta doctrina en el supuesto de hecho controvertido, razona la Sala que “(...) no se da el más mínimo indicio que permita presumir la prestación de un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización de otro ni la existencia de una retribución, esenciales ambos para calificar una relación como laboral (...)”

3. En verdad, el supuesto de hecho, en los términos en que aparece concretado en el *factum* de ambas sentencias, no anima a utilizar argumentos en contrario para llevar a un resultado distinto al alcanzado en aquéllas. Fundamentalmente parece desprenderse de los hechos que ni siquiera el actor contrató sus servicios de modo directo con la presunta empleadora, sino que más bien tuvo lugar una relación entre empresas, necesariamente extralaboral. Mucho más interesante habría sido el aspecto relativo a la naturaleza de la relación contractual establecida entre el actor y la sociedad mercantil de la que era apo-

derado, pero el supuesto es ajeno a la litis y no requiere por tanto un análisis complementario.

E) Socios empleados

– STSJ de Aragón de 9 de abril de 2003 (recurso de suplicación 233/2003), I.L. J 676.

1. En el año 1994 se constituyó la Sociedad Cooperativa Peregiles cuyo objeto social quedó definido como la “manipulación y comercialización de cableados y similares”. Por su parte, la empresa “Delphi Packard, SA”, constituida en el año 1973, se dedica también a la reparación y montaje de todo tipo de cableados eléctricos para la industria del automóvil, electrodomésticos, maquinaria y eléctrica y a la adquisición, fabricación y distribución de todo tipo de cables y conductores eléctricos. En el año 1996 la empresa y la Cooperativa suscribieron contrato de compras conforme al cual los socios de la Cooperativa prestan sus servicios profesionales, bajo la estructura de la cooperativa, atendiendo exclusivamente pedidos de la empresa Delphi y elaborando los mismos con sujeción al manual de funcionamiento elaborado por esta empresa que da instrucciones también sobre gestión y operaciones, precios, clases y cantidad de trabajo. A la vista de estas circunstancias, la Inspección de Trabajo apreció la existencia de relación laboral entre los socios de la Cooperativa Peregiles y la Sociedad Delphi y levantó actas de infracción y liquidación a la empresa por falta de cotización y alta en el Régimen General de la Seguridad Social de estos trabajadores. Sin embargo, en el expediente administrativo la empresa formuló alegaciones que podían desvirtuar la naturaleza laboral de su relación con los socios de la Cooperativa. Por ello, la Autoridad Laboral presentó demanda de oficio solicitando la declaración de relación laboral entre los socios de la Cooperativa y la empresa Delphi. En instancia se acogió la demanda y se declaró la existencia de relación laboral, pero la sentencia fue recurrida en suplicación por la empresa.

2. En apoyo de su recurso, Delphi Packard alega la falta de interés protegible y, por tanto, de acción para iniciar el proceso declarativo sobre existencia de relación laboral y, subsidiariamente, falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada la Cooperativa, con nulidad de lo actuado. Ambas alegaciones son desestimadas por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia. La relativa a la falta de acción se rechaza porque la demanda de oficio tiene carácter instrumental para la culminación del procedimiento de liquidación o sanción y porque “por su misma esencia, la pretensión de la demanda de oficio no puede tener otro carácter que el declarativo, no constitutivo de relación alguna de trabajo”. Por su parte, la alegación relativa a la defectuosa constitución de la relación procesal se desestima porque, dada la naturaleza de la demanda de oficio y su ámbito, destinado a determinar si entre los socios y la empresa medió una relación laboral, la convocatoria de la Cooperativa al proceso era innecesaria y produciría sólo efectos dilatorios. En definitiva, la sentencia concluye que en el supuesto controvertido “se instrumentalizó una Cooperativa que, en la práctica, no suponía más que una aportación de fuerza de trabajo (con actividad única para la sociedad recurrente durante el tiempo a

II. Trabajador

que se refiere este litigio por demanda de oficio) con la finalidad de eludir el status socio-laboral que era inherente a la verdadera naturaleza de la relación, que no es otra que la prevista en el artículo 1 de LET entre los codemandados y la citada empresa”.

3. La descentralización o externalización de la actividad productiva se articula en la práctica a través de muy diversos instrumentos. Uno de ellos, cada vez más extendido, es el recurso a la contratación de la prestación de servicios o la producción de bienes con sociedades cooperativas. Esta forma de descentralización plantea en la práctica problemas de delimitación con figuras como la cesión ilegal de trabajadores —ya abordados en la STS de 17 de diciembre de 2001— o de utilización de las cooperativas para eludir la celebración de contratos de trabajo. Esto último es lo que ocurre en el supuesto analizado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que se comenta. En este caso, la empresa Delphi sustituyó la contratación laboral de trabajadores por la contratación civil o mercantil con una cooperativa con la finalidad de reducir costes y riesgos pero sin renunciar a la dirección de las prestaciones laborales. El problema se asemeja al que se suscita cuando se contrata con una empresa aparente pero la diferencia radica en que, en los casos que ahora se comentan, el riesgo no se distribuye entre el empleador real y el aparente sino que se atribuye, o al menos eso se pretende, a los propios trabajadores organizados en una sociedad cooperativa.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

B) Inclusiones por asimilación

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas

– STSJ de Asturias 14 de febrero de 2003 (recurso 3232/2001), I.L. J 740.

1. La sentencia analiza una resolución de la TGSS por la que se declaró de oficio la baja en el REA de una persona que figuraba como colaboradora de su madre en una explotación ganadera sita en Villanueva de Oscos. La razón de la mencionada baja es el inicio de otra actividad por cuenta propia, razón por la que la trabajadora se dio de alta en el RETA, sin causar baja voluntaria en el REA. Dicha actividad consistía en el desempeño de las funciones de administradora mancomunada de la sociedad domiciliada en Gijón y de la que era titular del 50 por ciento del capital social.

2. La sentencia confirmó la decisión de instancia, declarando la procedencia de la baja de oficio. En este sentido, entiende el Tribunal que en el trabajo en la explotación agraria familiar han dejado de concurrir los elementos que exige el artículo 2 del Decreto 2123/1971 y los artículos 5 y 6 del Decreto 3772/1972, puesto que la actividad ya no se desarrollaba “en forma habitual y como medio fundamental de vida”. De la misma forma, el Tribunal apoya su decisión en el hecho de la dificultad de mantener dos actividades “fundamentales” en dos ciudades diferentes, así como en el dudoso criterio del número de trabajadores contratado por la sociedad.

3. Para la inclusión en el REA de familiares de titulares de pequeñas explotaciones agrarias se exige no sólo convivencia, sino también que el rendimiento derivado de su actividad agraria contribuya, en la proporción adecuada, a constituir el medio fundamental de vida de la familia. La trabajadora, al solicitar su alta en el RETA por el ejercicio de una actividad por cuenta propia en un lugar diferente al de la explotación agraria y en una sociedad que emplea a 21 trabajadores, ha roto, a juicio del Tribunal, la posibilidad de que la actividad fundamental de la misma siga siendo su colaboración en los trabajos agrarios. El Tribunal no entra a analizar la validez del alta en el RETA, pese a tratarse de una administradora mancomunada y no solidaria, sin que existiese prueba sobre la realización de una actividad a título lucrativo. En todo caso, lo más relevante es que, cuando se está ante trabajos familiares susceptibles de inclusión en el REA, hay que tomar en consideración aquellos factores que permitan demostrar que la actividad se realiza como medio fundamental de vida y en convivencia con el cabeza de familia, lo cual, parece excluir, en principio, la pluriactividad.

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas

– STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2003 (recurso de suplicación), I.L. J 405.

1. La sentencia recurrida en suplicación por la TGSS estimaba la demanda interpuesta por Dña. Alejandra frente a dicha entidad por la resolución que dictó en su momento formalizando de oficio el alta fuera de plazo de la demandante en el RETA. Como hecho probado consta que Dña. Alejandra fundó junto a su marido una sociedad mercantil, siendo titular del 85 por ciento del capital social ella y del 15 por ciento restante su cónyuge. De igual manera queda probado que la demandante constaba como administradora única de la sociedad en las escrituras públicas de constitución. En febrero de 2000, el centro de trabajo de la empresa recibe una visita de la Inspección de Trabajo cuyo resultado es la constatación y comunicación a la TGSS de la situación indebida de falta de alta en el RETA de Dña. Alejandra. En marzo de 2000 se convoca Junta General de la sociedad y la demandante renuncia a su cargo de administradora única, procediéndose a nombrar a dos nuevos administradores solidarios. Seguidamente se tramita su solicitud de baja en el RETA. También consta como hecho probado que la demandante no desempeñaba trabajo alguno en la empresa.

2. El Tribunal Superior de Justicia decide estimar el recurso de suplicación y conceder la razón a la TGSS en contra de lo establecido por el juez de instancia, pues entiende que es necesario diferenciar dos planos: el plano de la debida inclusión o no de Dña. Alejandra en el ámbito de aplicación del RETA, cuyo tratamiento corresponde a la jurisdicción social; y el del abono de las cotizaciones debidas, competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Amparándose en esta distinción entra a pronunciarse sobre la posible afiliación de la demandante en el RETA, considerando aplicable al caso lo dispuesto en la DA Vigésima Séptima 1 LGSS y en el artículo 2.1 del Decreto 2530/1970, de 25 de agosto, y por lo tanto que una persona que es copropietaria dominante de una

II. Trabajador

sociedad mercantil de la que además es administradora única, aun realizando labores mínimas de gestión y representación, está obligatoriamente incluida en el RETA. El ponente señala que otra interpretación de la ley podría dar lugar al uso fraudulento de la misma. Por otro lado señala que la afiliación a un régimen u otro no puede depender de la voluntad unilateral del titular de la relación con la Seguridad Social, sino exclusivamente de lo dispuesto en las normas legales que la regulan, de ahí que se apoye expresamente la pretensión de la TGSS.

3. Resulta clarificadora la distinción incorporada por el Tribunal Superior de Justicia entre el conflicto sobre afiliación entre Dña. Alejandra y la TGSS, y la cuestión de las cotizaciones debidas que corresponde reclamar a la TGSS. Sin embargo, no resulta tan clarificadora la solución alcanzada por el Tribunal en el plano escindido de la afiliación de Dña. Alejandra, pues si bien es cierto que correspondía su encuadramiento en el RETA mientras cumplía las condiciones establecidas en la normativa citada, resulta conveniente especificar que en el momento en que alguna de esas exigencias desaparece es necesario proceder a la baja en este régimen especial. Otro camino habrán de seguir las cotizaciones debidas por el tiempo en que hubo de estar dada de alta y no lo estuvo, pero lo que sí parece cierto es que desde finales de marzo de 2000 la demandante deja de ser administradora única de la sociedad, quedando su condición limitada a la de propietaria mayoritaria del capital de la misma, sin que conste que realizara trabajo alguno en la sociedad y por lo tanto fuera del ámbito de protección del RETA. Por todo ello, sería necesario admitir su solicitud de baja desde aquel momento, independientemente de que, como bien señalaba el Tribunal Superior de Justicia, quede abierta la vía contencioso-administrativa para proseguir con la reclamación de las cotizaciones debidas.

– STSJ de Aragón de 19 de febrero de 2003 (recurso suplicación), I.L. J 168.

1. El actor fue nombrado administrador de la sociedad demandada en 27 de octubre de 2000, por cinco años. Residía en Bilbao donde ejercía su actividad como administrador de otras sociedades sin relación con la demandada. Esporádicamente acudía a Zaragoza a firmar algunos documentos, sin realizar ninguna gestión. En 31 de octubre de 2000 firmó un contrato de personal de alta dirección, con retribución de 9 millones de pesetas anuales y 1 millón más en función de la complejidad de las gestiones, con dietas y kilometraje en caso de desplazamientos, pactándose que en el caso de extinción del contrato por voluntad del empresario, percibiría una indemnización de 18 millones de pesetas. Desde octubre de 2000 no consta que haya percibido cantidad alguna como salario ni por dietas ni kilometraje, ni el contrato se ha registrado en el INEM, ni se ha dado el actor de alta en seguridad social por dicha relación, ni ha reclamado salarios.

2. La mera condición del demandante como administrador único, sin coexistir con un trabajo dependiente, no permite aceptar que haya existido un contrato especial de alta dirección. Se ha apreciado una ausencia de gestión por el actor de funciones gerenciales, ya que tan sólo efectúa la firma de documentación como administrador único, falta de abono de salarios o de su reclamación, ausencia de cualquier relación de integración en el sistema de seguridad social o de registro del contrato en la Oficina

pública de empleo y domicilio del actor en ciudad distinta de la del domicilio de la sociedad. Aun en la hipótesis de que hubiese concurrido, lo que no ha tenido lugar, la actividad alta dirección con la condición de administrador único, se debe llegar a la consecuencia de que existen unos vínculos de naturaleza mercantil.

3. Como se dice entre otras en la STS de 4 de junio de 1996, quienes integran los órganos de alto gobierno de las sociedades de capital, en tanto que a éstos incumbe la dirección, gestión, administración y representación de las mismas, quedan comprendidos en el citado ámbito de exclusión, cualquiera que sea la estructura que revistan dichos órganos, bien se trate de consejo de administración, bien de administrador único o administradores solidarios, bien de cualquiera otra forma admitida por la ley. Ésta es la solución que se debe imponer en el presente caso [artículo 1.3.c) ET], una vez que no se acredita la existencia de los elementos del contrato de trabajo, ni común ni especial de alta dirección, a la vista de la falta de actividad, pues lo probado es únicamente algunos actos de firma, pero falta la remuneración, tanto percibida como reclamada, y consta la diversidad de ciudades en que tienen su domicilio la sociedad y el demandante. Para el caso de que existiera una doble relación de alta dirección y de administrador único, y partiendo de la posibilidad de una doble relación de trabajador y un administrador único (STS de 16 de junio de 1998, en la que se dice, con cita de las SSTS de 21 de 1991 y 22 de diciembre de 1994, que la alta dirección se concreta en el ejercicio de poderes correspondientes a la titularidad de la empresa y el desempeño de un cargo de miembro de los órganos de administración de la sociedad implica también la actuación de facultades de esta naturaleza, añadiendo que cuando se ejercen funciones de esta clase la inclusión o exclusión del ámbito laboral no puede establecerse en atención al contenido de la actividad, sino que debe realizarse a partir de la naturaleza del vínculo y de la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad, de forma que si aquél consiste en una relación orgánica por integración del agente en el órgano de administración social cuyas facultades son las que se actúan directamente o mediante delegación interna, dicha relación será laboral. Por ello, de haberse podido acreditar la coexistencia de las funciones correspondientes a ambos puestos, parece que debería haberse estimado la competencia del orden social.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Profesores de religión católica en centros públicos. B) Centros concertados: delimitación del empresario. **3. Grupos de empresa.** A) La existencia de unidad empresarial pese a la separación formal impide la reincorporación en una cuando mediante avenencia conciliatoria se reconoce la improcedencia del despido y se indemniza al trabajador en otra. **4. Contratas.** A) Diferencias con la cesión. B) Inexistencia de sucesión de contratas. **5. Cesión ilegal.** A) Diferencias con la contrata. **6. Sucesión de empresas.** A) Sucesión de contratas. B) Subrogación entre empresas formalmente diferentes pero existiendo entre ellas unidad empresarial. C) Requisitos del supuesto de hecho. a) La venta judicial de empresa. D) El caso singular de la liberalización del *handling* en los aeropuertos. E) Mantenimiento de los derechos de los trabajadores. F) Convenio colectivo aplicable. G) Alcance de la responsabilidad solidaria.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 1 a 4 de 2003 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 805) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO

A) Profesores de religión católica en centros públicos

De nuevo el Tribunal Supremo debe pronunciarse acerca de quién ha de ser considerado empleador en la relación laboral constituida con los profesores de religión católica en centros públicos de enseñanza primaria en Comunidades Autónomas. La **STS de 4 de febrero de 2003**, u.d., I.L. J 43, reiterando pronunciamientos precedentes, señala que es el Ministerio de Educación el que ha de hacerse cargo de las retribuciones reclamadas, con independencia de que se haya producido la transferencia de las competencias de enseñanza a la Comunidad Autónoma, pues ello no alcanza a la enseñanza específica de la Religión Católica cuya financiación por cuenta del Estado está prevista en el Acuerdo entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979. En idéntica línea se pronuncia la **STS de 11 de abril de 2003**, u.d., I.L. J 512.

B) Centros concertados: delimitación del empresario

La **STSJ de Extremadura de 13 de enero de 2003**, I.L. J 421, recuerda la doctrina según la cual en supuestos de conciertos educativos, suscritos entre empresas privadas dedicadas a la enseñanza y la Administración Pública, aunque esta última no asume ninguna posición como empresario en el ámbito de la relación laboral entre el titular del centro y sus profesores, sí queda obligada al pago delegado del salario por cuenta de aquél, respondiendo, además, frente a los profesores del centro educativo de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos. En el supuesto de que se haya producido la transferencia de competencias en la materia a las Comunidades Autónomas, a éstas –y no al Ministerio de Educación– corresponderá en exclusiva el pago de eventuales cantidades salariales adeudadas, incluso aunque correspondan a períodos anteriores a la transferencia, pues, como señala la **STS de 1 de abril de 2003**, u.d., I.L. J 244, estaremos ante “una transferencia de las funciones y de las obligaciones de financiación respecto a los centros educativos privados concertados y en esta materia rige la regla general sobre atribución de los derechos y obligaciones derivados del traspaso, que... no se limitan a las vencidas con posterioridad a aquél, sino también a los que lo hubieran sido con anterioridad y no se hubiesen satisfecho”. Hay que precisar que en este último pronunciamiento la cuestión debatida se refiere solamente al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, indicándose al efecto que si ha existido transferencia en la materia a éstas últimas corresponde exclusivamente las obligaciones que en relación a los centros concertados asume la Administración Pública; tal afirmación hay que entenderla realizada con independencia de las obligaciones y responsabilidades que al titular del centro concertado corresponden en su condición de empleador, en el sentido de que la “exclusividad” aludida en la sentencia del Tribunal Supremo se refiere sólo a la responsabilidad de la Comunidad Autónoma respecto de la pretendida responsabilidad del Ministerio de Educación, y no a la que pudiera corresponder también al propio centro concertado.

III. Empresario

3. GRUPOS DE EMPRESA

A) La existencia de unidad empresarial pese a la separación formal impide la reincorporación en una cuando mediante avenencia conciliatoria se reconoce la improcedencia del despido y se indemniza al trabajador en otra

Las consecuencias derivadas de la existencia de unidad empresarial entre dos sociedades mercantiles formalmente diferenciadas se proyectan, en el supuesto de hecho de la STSJ de Madrid de 5 de febrero de 2003, I.L. J 325, sobre los efectos de un despido reconocido como improcedente en conciliación administrativa, amén de sobre los propios de la subrogación empresarial. Los antecedentes de hecho son los siguientes: el trabajador, contratado indefinidamente por la empresa X, recibe comunicación escrita en la que se le informa de la subrogación (suponemos que parcial, a tenor de lo que acontece) por la empresa Z, al tiempo que se le indica que en caso de extinción de la relación laboral con la nueva empresa Z por cualquier causa a él no imputable, se le garantiza la reincorporación inmediata a la empresa de procedencia —empresa X— en las mismas condiciones laborales que en ese momento acredite. Posteriormente el trabajador es despedido disciplinariamente por la empresa Z y tras la correspondiente demanda, en avenencia conciliatoria, la empresa reconoce la improcedencia del despido indemnizando al trabajador en la cuantía procedente, calculada esta última teniendo en cuenta la antigüedad generada en la empresa X. Tras estas actuaciones el trabajador solicita su reincorporación en la empresa X, a lo que ésta se opone alegando que la extinción fue debida a causa imputable al trabajador (disminución voluntaria y continuada en el rendimiento) y que su actitud va en contra de la buena fe pues había aceptado previamente una indemnización basada en la antigüedad acreditada en la empresa. Con estos antecedentes, el magistrado centra su argumentación en el dato de la estrecha vinculación existente entre las dos empresas, demostrada por las circunstancias de que las dos comparten el mismo domicilio, la carta de una es girada con membrete de la otra y el Administrador único de una de las empresas es director general de la otra, lo que le lleva a colegir que, pese a la diferenciación formal, existe entre ellas unidad empresarial. Por tanto, “esta formal apariencia de cambio de titularidad empresarial, lleva a la Sala a concluir la inoperatividad del compromiso adquirido, por cuanto sería contrario a la buena fe, que formalmente extinguida la relación laboral con (...) (la empresa Z), mediante avenencia conciliatoria en la que tras reconocer la improcedencia del despido, se indemniza a la parte actora, teniendo en cuenta la antigüedad generada en la mercantil (...) (X), se procediera a la reincorporación del trabajador en esta última en las mismas condiciones laborales vigentes a la fecha de la extinción, pues ello supondría condenar doblemente a la ‘misma empresa’ a la indemnización propia del despido improcedente y a la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo”.

4. CONTRATAS

A) Diferencias con la cesión

Véase apartado 5.A).

B) Inexistencia de sucesión de contratas

La sucesión de contratas de servicios en los que los elementos materiales pierden importancia frente a la propia actividad desarrollada ha sido objeto de un intenso debate jurisprudencial. La inicial resistencia de nuestro Tribunal Supremo a admitir los efectos subrogatorios en supuestos de adjudicaciones sucesivas de contratas ha ido cediendo ante la postura más abierta —aunque con importantes vaivenes— del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su interpretación de la norma comunitaria. No obstante, nuestros tribunales parecen reacios a admitir la existencia de sucesión empresarial cuando los componentes materiales de la entidad transmitida se reducen al mínimo. Como señala la **STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003**, I.L. J 280, recogiendo la doctrina del Tribunal Supremo en aplicación de la del Tribunal Comunitario, el concepto de entidad económica “remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. La mera circunstancia de que las prestaciones realizadas sucesivamente por el antiguo y por el nuevo concesionario o adjudicatario de la contrata sean similares no permite llegar a la conclusión de que existe una transmisión de tal entidad”.

5. CESIÓN ILEGAL**A) Diferencias con la contrata**

La difícil delimitación práctica entre la lícita contrata de obras y servicios y la prohibida cesión de trabajadores —salvo que se realice por empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas y en los términos previstos en la normativa al respecto— constituye el principal objeto de análisis de la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de enero de 2003**, I.L. J 99. En ella se trae a colación la reiterada y abundante jurisprudencia sobre los diversos criterios que permiten discernir cuándo estamos ante una auténtica contrata y cuándo ante supuestos de cobertura de ilícitas cesiones de manos de obra. De manera resumida puede decirse que los indicios demostradores de la presencia de una contrata son: la existencia de un verdadero contratista, es decir, de un titular de una efectiva organización productiva, con medios materiales y personales propios; que ese contratista ponga en juego su organización empresarial en la ejecución de la actividad contratada, no limitándose al simple suministro de fuerza de trabajo, y ello con independencia de que el empresarial principal ejercite ciertas facultades de supervisión y control del trabajo realizado. En palabras del mencionado pronunciamiento, “el contratista debe disponer, para serlo, de una organización productiva con existencia autónoma e independiente. En consecuencia ha de contar con los medios materiales, instalaciones, oficinas, maquinarias y personales —empleados, técnicos, directivos— necesarios para poder desarrollar con suficiencia la actividad empresarial que pretende realizar”. Pero esto no basta; es necesario que el contratista aporte en la ejecución de la contrata “su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente y ejercitando, respecto de los trabajadores que ejecutan la obra o servicios, los derechos, obligaciones,

III. Empresario

riesgos, responsabilidades y poder de dirección que son inherentes a su condición de empleador”. Como criterio complementario de los anteriores se alude al “de la habitualidad o permanencia del servicio que es objeto de la contrata”. Los mencionados elementos e indicios conducen a la sentencia analizada a estimar que existe cesión ilegal de trabajadores entre la empresa contratante del trabajador y la Administración Pública, en la medida en que la trabajadora prestaba sus servicios en tareas habituales y propias de la Administración y sometida a sus instrucciones. En concreto la trabajadora, con la categoría profesional de bibliotecaria, desarrollaba su tarea en la Biblioteca de una Consejería, trabajando con los fondos públicos de la misma, aunque formalmente sometida al horario establecido por la empresa que la contrata.

6. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Sucesión de contratas

Véase apartado 4.B).

Sobre la reversión del servicio que anteriormente prestaba una empresa privada a una corporación local, véase apartado 6.C).

La temática de la aplicación de los efectos subrogatorios en supuestos de sucesión de contratas es abordada por la **STS de 11 de marzo de 2003** [recogida en la sección jurisprudencia seleccionada A) Cuestiones laborales]. Dado que este pronunciamiento figurará más adelante en el repertorio de sentencias, nos limitamos en este momento a reseñar la doctrina recogida en él, que nos es otra que la mantenida por el Alto Tribunal en sentencias anteriores; en atención a la misma, partiendo de la premisa de que en casos de sucesión de contratas sólo se producen los efectos subrogatorios si así lo establece el convenio colectivo, el incumplimiento por la empresa saliente de los deberes que le impone la norma paccionada tienen como consecuencia que no se produzca transferencia alguna hacia la empresa entrante. De esta forma, “la protección de los trabajadores concernidos se consigue mediante el mantenimiento de su contrato con la empresa donde prestaban sus servicios hasta el momento; es decir, que no hay desde luego sucesión en las relaciones de trabajo, pero éstas continúan en el empresario saliente (...)”.

B) Subrogación entre empresas formalmente diferentes pero existiendo entre ellas unidad empresarial

Véase apartado 3.A).

C) Requisitos del supuesto de hecho

La **STS de 14 de abril de 2003**, u.d., I.L. J 517, aborda una cuestión ya resuelta en doctrina unificada en pronunciamientos anteriores y de la que ya hemos dado cuenta en comentarios precedentes. En concreto estudia el problema de si la gestión directa por un ayuntamiento del servicio de recaudación que anteriormente realizaba una empresa privada constituye o no un supuesto de sucesión de empresas ex art. 44 ET. Tras el análisis

de los requisitos del supuesto de hecho de la sucesión de empresa en los términos siguientes:

“(…) el supuesto de hecho de la sucesión de empresas está integrado por dos requisitos esenciales y constitutivos, el primero de ellos referente al cambio de titularidad de la empresa o de un elemento significativo de la misma (...) este cambio de titularidad puede producirse en razón de un acto *inter vivos* de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario) o en virtud de una transmisión *mortis causa* de la empresa o de una parte significativa de la misma. El segundo requisito esencial es que los elementos cedidos patrimoniales, constituyan una unidad de producción susceptibles de explotación o gestión separada, así pues no basta la simple transmisión de bienes, sino que éstas han de constituir un soporte económico suficiente para que continúe activa la acción empresarial precedente”,

la Sala llegará a la conclusión de que si bien en el caso enjuiciado puede aceptarse “en cierto sentido” la existencia de un cambio de titularidad en la actividad, sin embargo, se carece sustancialmente del segundo elemento mencionado, dado que la actividad en cuestión se desarrollaba —y se va a continuar desarrollando tras la reversión— en un local propiedad del Ayuntamiento que éste había cedido a la anterior empresa concesionaria, se llevaba a cabo sobre expedientes y documentos del propio Ayuntamiento y “sólo permanecen como bienes que tuvieron relación con la anterior empresa los muebles y los equipos informáticos, pero estos bienes ni constituyen ‘un soporte económico suficiente para que continúe la acción empresarial precedente, ni son propiamente transmitidos por la empresa anterior al Ayuntamiento, pues (...) el mobiliario es objeto de un contrato de alquiler y los equipos informáticos no son cedidos por la empresa anterior (...)”.

Repárese en que con este pronunciamiento la jurisprudencia viene a concluir que, en suma, el trabajador prestaba servicios para una empresa cuya realidad es más que discutible, pues ésa es justamente la línea argumentativa que le lleva a mantener la inexistencia de sucesión de empresa *ex art. 44 ET*. Pues bien, si ello es así, la pregunta inmediata es si entonces lo procedente no sería sino apreciar una cesión ilegal de trabajadores *ex art. 43 ET*, entre otras circunstancias, para no caer en interpretaciones que por la vía de excluir la aplicabilidad de uno y otro precepto conduzcan en la práctica a una situación de desprotección del trabajador.

Por lo que concierne al primero de los elementos citados, el cambio de titularidad de la empresa, la **STS de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 624, si bien *obiter dicta*, viene a confirmar la tesis de la sentencia de instancia según la cual la fusión de sociedades se equipara a la sucesión de empresas, por lo que resulta aplicable el art. 44 ET.

En cuanto al dato material de lo transmitido, la **STS de 4 de febrero de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 148, recaída en el marco del debate de la existencia o no de responsabilidad solidaria por deudas a la Seguridad Social como consecuencia de una sucesión de empresa, señalará que “(...) ni la adquisición de elementos aislados, por muy importante que sea,

III. Empresario

ni tampoco la mera conservación de los puestos de trabajo, puede significar por sí sola la sucesión empresarial determinante de esa responsabilidad solidaria en las deudas de una empresa que, en principio, no sería justificable el atribuir. Tan sólo cuando se adquiere la industria como unidad económica de explotación, integrada por los elementos humanos, materiales, inmateriales y técnicos que la componen y siendo susceptible de ser utilizada de modo inmediato en la actividad que le es propia por el sucesor, constituyendo un soporte económico suficiente para que continúe activa la actuación empresarial precedente, se puede hablar con propiedad de la sucesión de empresa (...). Conviene llamar la atención sobre la afirmación de la sentencia en el sentido de que la mera conservación de puestos de trabajo no puede significar por sí sola la sucesión empresarial determinante de responsabilidad solidaria, pues parece olvidar cierta línea interpretativa del TJUE. Nos referimos a aquellos pronunciamientos que vienen a transformar el efecto de la sucesión –mantenimiento de puestos de trabajo– en indicio de la existencia de aquélla, de tal forma que si la realidad es que el nuevo adquirente asume los puestos de trabajo del anterior, entonces procede entender que existe sucesión y que, por ende, resultan aplicables las garantías que a tales efectos se consagran en la norma comunitaria, en particular la declaración de responsabilidad solidaria.

a) La venta judicial de empresa

La venta judicial de empresa aparece recogida en el art. 51.11 ET como uno de los supuestos en los que resultan aplicables los efectos subrogatorios del art. 44 ET cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial. En la mayor parte de las ocasiones, aunque no siempre, la venta judicial de la empresa o parte de ella se produce como culminación del proceso de un proceso de grave crisis económica y para hacer frente al pago de los acreedores. Pese a ello, la nueva Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) deja inalterado el precepto estatutario comentado, sin que, por otra parte dictamine expresamente su derogación. Lo cierto es que la “omisión” de la nueva Ley resulta llamativa, máxime si tenemos presente que en muchas ocasiones, y con la finalidad de salvar o reflotar la empresa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado reacia a entender incluida en el art. 51.11 ET la venta judicial que tiene lugar en procesos concursales. Sentado lo anterior, la **STS de 4 de febrero de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 148, debe pronunciarse acerca de la existencia de responsabilidad solidaria en materia de Seguridad Social, ex art. 127 LGSS, en un supuesto derivado de la venta judicial de una empresa. Para la Sala, los arts. 44 y 51.11 ET “constituyen la definición típica del concepto de sucesión de empresa que hace suyo el art. 127 del actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social”, precisando que el art. 10 del Reglamento de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social subordina la responsabilidad solidaria mencionada, en el caso de adquisición de elementos aislados de la explotación del negocio, a la posibilidad de que esas aisladas adquisiciones permitan la continuación conjunta de la explotación, industria o negocio. Estas consideraciones, unidas a determinados hechos concurrentes en el supuesto de autos, pero sobre todo el “reconocido estado de crisis económica” que padecía la empresa cedente, “hallándose en trance de liquidación y estado de suspensión de pagos cuando se ejecutó la hipoteca a favor de la ahora demandante, hecho al que otorga especial relevancia para negar la existencia de una sucesión empresarial la reciente Sentencia de

la Sala Cuarta de 25 de febrero de 2002” y el dato de la imposibilidad de inmediata continuación de la actividad productiva, llevan a la Sala a negar la pretendida subrogación y, por ende, la consiguiente responsabilidad solidaria de la empresa cesionaria frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, argumentándose finalmente que:

“La recta interpretación de los arts. 44 y 51.11 del Estatuto de los Trabajadores, en conexión con los actuales arts. 104.1 y 127.1 y 2 de la Ley de Seguridad Social, complementados por el art. 10 del Reglamento de Recaudación (...) más arriba citado nos llevan a la conclusión contraria (es decir, a la inexistencia de subrogación de empresa), tal como ha venido siendo interpretada la aludida normativa por las Sentencias ya mencionadas de la Sala Cuarta de este Tribunal Supremo y la acordada por esta misma Sala Tercera en su Resolución de 20 de febrero de 1998, en la que se hace hincapié en la posibilidad de inmediata iniciación de la actividad de la nueva empresa-unidad productiva como baremo indicador de la sucesión recogida en dichos preceptos.”

D) El caso singular de la liberalización del *handling* en los aeropuertos

Un nutrido grupo de sentencias alude, de nuevo, al supuesto particular de la liberalización del servicio de asistencia en tierra a las aeronaves y pasajeros (*Handling*) que anteriormente prestaba Iberia en régimen de monopolio. A esta temática dedicamos un comentario detenido en nuestra crónica anterior, al que ahora nos remitimos, dejando simplemente constancia de la relación de sentencias que tratan sobre el particular, a saber, **STS de 20 de enero de 2003**, u.d., I.L. J 2; **STS de 21 de enero de 2003**, u.d., I.L. J 8; **STS de 23 de enero de 2003**, u.d., I.L. J 18; **STS de 12 de febrero de 2003**, u.d., I.L. J 51; **STS de 25 de febrero de 2003**, u.d., I.L. J 59 y **STS de 18 de marzo de 2003**, u.d., I.L. J 482.

E) Mantenimiento de los derechos de los trabajadores

De manera reiterada el Tribunal Supremo viene mantenido la doctrina según la cual la subrogación ex art. 44 ET “tan sólo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la 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” (**STS de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 624). Tesis que en el caso de autos lleva al Tribunal Supremo a desestimar el recurso y negar a los trabajadores el derecho a percibir unas cantidades salariales nacidas de una norma convencional que sólo les resulta aplicable tras la sucesión.

F) Convenio colectivo aplicable

En directa conexión con la problemática expuesta en el apartado anterior se encuentra la relativa a la determinación del convenio por el que han de regirse las relaciones laborales de los trabajadores tras pasados. Como se sabe, el art. 44.4 ET establece que en tales supuestos, salvo pacto en contrario, seguirá aplicándose el convenio que en el momento

III. Empresario

de la transmisión rigiera en la empresa transferida; tal aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio de origen o hasta la entrada en vigor de otro nuevo que resulte aplicable a la entidad transmitida. Una aplicación concreta de tal previsión, si bien centrada en la correcta interpretación de las estipulaciones convencionales vigentes en el caso de autos, se contiene en la **STS de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 624, que declara que los trabajadores sólo tienen derecho a percibir los salarios previstos en el convenio de la empresa cesionaria desde el momento en que se incorporan de modo efectivo a la nueva empresa.

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 567, contempla el supuesto de una subrogación empresarial, derivada de la concesión administrativa de unos servicios públicos a una empresa privada, en el ámbito de la cual los trabajadores del ente público reclaman el mantenimiento de las condiciones laborales —en concreto aluden al crédito horario de los representantes de los trabajadores— que disfrutaban de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al ente público. La Sala desestimará la pretensión argumentando que “el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empresario y que tal interpretación tampoco se opondría a lo dispuesto en la Directiva comunitaria 77/1987, ratificada por España, puesto que ésta limita la obligatoriedad del cesionario de mantener las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo hasta la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”. De esta forma, la citada sentencia declarará aplicable el convenio vigente en la empresa cesionaria en lo relativo al disfrute del crédito horario de los representantes de los trabajadores, pues, aunque son trabajadores procedentes de la empresa cedente, resultan elegidos en unas elecciones celebradas en el ámbito y de acuerdo con el citado convenio, señalando que:

“ha de concluirse que el personal transferido tiene como límite temporal el momento en que pasan a formar parte de la nueva empresa. Es decir, conserva todos los derechos que tenían reconocidos en la norma paccionada según se establecía en el pliego de condiciones de la contrata pero ello no se traduce, no podría ser así, en quedar sometido a dos bloques normativos distintos, el propio de la empresa o de su actividad por un lado y, por otro, el del Ente con el que primeramente trabajaron, máxime cuando, el crédito horario de este último responde a situaciones específicas de la empresa o Ente en que se aplica (...), que no puede ser extrapolable a los miembros del Comité de empresa de la empresa demandada (...)”.

G) Alcance de la responsabilidad solidaria

El art. 44.3 ET establece que, en caso de sucesión de empresa, “el cedente y el cesionario responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”. En el marco de esta disposición, la **STSJ de Murcia de 10 de febrero de 2003**, I.L. J 322, aborda la cuestión de si el período de tres años establecida en ella afecta también a la antigüedad. En concreto, el actor reclama el reconocimiento de una antigüedad fechada temporalmente

en el inicio de su prestación de servicios para la empresa cedente, mientras que la empresa cesionaria sostiene que la fecha de ingreso en la empresa es la establecida en el acuerdo suscrito por ella y las secciones sindicales operantes en la empresa –fecha fijada aleatoriamente y que, en cualquier caso, es posterior a la del ingreso en la empresa cedente del actor– y que, además, el trabajador reclama una responsabilidad solidaria muy superior a los tres años que el artículo 44 ET establece. La Sala estima la pretensión del trabajador –el reconocimiento de su antigüedad desde la fecha de inicio de la prestación para la empresa cedente–, afirmando que “ante un supuesto de transmisión *ex lege*, (...) es claro que durante los tres años anteriores a la transmisión el actor tenía derecho al reconocimiento de su antigüedad íntegra y, por tanto, no se observa razón para cercenarla (...)”. En lo que respecta a la vinculabilidad del acuerdo suscrito por los representantes de los trabajadores y la empresa cesionaria, se afirma que, aceptada la existencia de una transmisión de empresa, en relación a la cual el art. 44 ET previene que los trabajadores, normalmente a través de sus representantes, participen el proceso de transmisión –si bien en el caso de autos más bien parece tratarse de unos pactos subsiguientes a la sucesión–, “(...) no existe causa para limitar la antigüedad del trabajador, ya que, en las anteriores condiciones, el pacto que se aduce resulta inaplicable al actor, que está protegido, en este particular, por normas de superior rango normativo (art. 9.3 de la Constitución Española).

En definitiva, la Sala viene a sostener que si el trabajador podía reclamar el reconocimiento de su antigüedad antes de la subrogación, producida ésta, sigue conservando tal derecho. Es decir, se trata de una sentencia declarativa de derechos, respecto de la cual, si bien la conclusión alcanzada es satisfactoria, no nos lo parece tanto el proceso argumentativo seguido. En nuestra opinión, la responsabilidad solidaria establecida en el art. 44 ET se refiere a deudas de carácter patrimonial, por lo que el plazo establecido en el mencionado precepto lo es con relación a estas reclamaciones. Por el contrario, en lo que concierne a la acción declarativa de reconocimiento de la antigüedad no procede aplicar ni el plazo del art. 44 ET ni el general del art. 59 ET.

Desde otra perspectiva, lo que sí resulta llamativo es que la sentencia viene a aplicar el principio de jerarquía normativa en la relación entre una norma estatal y un acuerdo de empresa con lo que, sin parecer darse cuenta del alcance de lo afirmado, está aceptando que tales acuerdos tienen eficacia normativa.

JESÚS CRUZ VILLALÓN
PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales en materia de contratación.

A) Trabajadores extranjeros. **3. Contratación temporal.** A) Supuestos. a) Contrato para obra o servicio determinado. b) Contrato eventual por circunstancias de la producción. c) El contrato de interinidad. B) Reglas generales. a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contratos 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. Contratos formativos. 6. Contratación en la Administración Pública.** A) Contratos laborales y contratos administrativos. B) Contratación laboral. a) Requisitos de acceso. b) Irregularidades en la contratación laboral.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Entre las sentencias analizadas en este período (las publicadas en los números 1 a 4 de 2003 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia) merece la pena destacar la **STS de 6 de febrero de 2003**, I.L. J 332, que se pronuncia en unificación de doctrina sobre la concurrencia de fraude de ley en materia de desempleo derivada de un supuesto de sucesión contractual cuando se produce el cese voluntario en un contrato por tiempo indefinido y la posterior celebración de un contrato por tiempo determinado [*infra*, 3.B).c)]. Resulta asimismo destacable la **STS de 10 de febrero de 2003**, I.L. J 360, en relación con el alcance que debe asignarse a las irregularidades en el cumplimiento de las obligaciones formativas en el contrato para la formación.

Entre la doctrina judicial, indudable interés reviste también la **STSJ de 19 de marzo de 2003**, I.L. J 651, al remarcar que, tras la transformación de Correos y Telégrafos en una Sociedad Anónima Estatal por Ley 14/2000, dejan de serle aplicables las normas y criterios propios de la Administración, para pasar a quedar sujeta a las normas de derecho privado, lo que evidentemente puede acarrear novedosas consecuencias en la doctrina hasta ahora seguida en los habituales litigios sobre contratación suscitados en el seno de esta entidad, tal y como queda reflejado en la resolución indicada, y como desde el plano procesal se observa también en la **STSJ de Murcia de 14 de abril de 2003**, I.L. J 722 [*infra*, 4.B) y 6.B).a)].

2. CUESTIONES GENERALES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

A) Trabajadores extranjeros

En general, en materia de contratación, una resolución ha de ser destacada en el período analizado. Se trata de la **STJS de Madrid de 14 de enero de 2003**, I.L. J 268, que en relación con la contratación de los trabajadores extranjeros determina la competencia de la jurisdicción social para conocer de la reclamación de una trabajadora extranjera que careciendo de permiso de residencia y trabajo ha prestado servicios por cuenta ajena en España. Y lo hace aplicando la previsión del art. 36.3 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que viene a considerar que la falta del permiso no invalida en ningún caso el contrato de trabajo, por lo que la reclamación sobre la relación laboral habida debe ser resuelta por la jurisdicción laboral.

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 sobre todo en el planteamiento ya conocido de la adecuación de la misma a diversos supuestos de temporalidad, abordándose también en alguna de ellas la cuestión relativa a las posibilidades de finalización de este contrato temporal.

Respecto al primer aspecto, en primer lugar, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de febrero de 2003**, I.L. J 158, reitera la conocida doctrina sobre la adecuación de esta modalidad contractual para cubrir las necesidades de mano de obra que derivan de la celebración de una contrata de servicios considerando que “es admisible este tipo de contratación en el marco de una contrata y con independencia del objeto social de la empleadora”.

En segundo lugar, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de enero de 2003**, I.L. J 94, recuerda que las características legales del contrato por obra o servicio impiden que éste pueda celebrarse para dar cobertura a tareas normales de la empresa, considerando en un supuesto en que al trabajador temporal se le encargan diferentes trabajos en diferentes lugares que:

“Solo puede acudirse a este tipo de contratos cuando la obra o servicio tenga autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pero no cuando se trate de la realización habitual y ordinaria de las tareas que constituyen la actividad empresarial, que es lo que ocurre en el caso de autos, en el que el origen del contrato tenía por objeto la realización de un servicio de tal carácter permanente.”

IV. Modalidades de Contratación

En tercer lugar, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 2003**, I.L. J 408, se ocupa del concreto supuesto de utilización de esta modalidad contractual por parte de la Administración Pública. Concretamente, se trata de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla-La Mancha que contrata a la trabajadora por obra o servicio para cubrir durante el curso escolar las necesidades educativas especiales en un colegio público. Pues bien, la mencionada sentencia viene a puntualizar que:

“(...) la prestación de tal servicio por parte de la Consejería de Educación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, no es sino la asunción de una actividad normal que, en función de la transferencia de competencias propia de nuestra estructura autonómica, le es propia, conforme a la LOGSE. Y que carece por lo tanto de una sustantividad extraordinaria que permita su conceptualización como obra o servicio determinado de duración incierta”.

De acuerdo con ello, el Tribunal declara que no resulta viable el recurso a la modalidad de contratación que nos ocupa, añadiendo que no resulta aceptable el argumento basado en que por acuerdo colectivo se haya calificado la plaza ocupada por la trabajadora como susceptible de ser cubierta mediante un contrato por obra o servicio determinado, dado que “la disponibilidad a que se refiere el art. 15.1.a) respecto a la identificación por el convenio de aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, debe partir de la efectiva existencia de las exigencias del tipo contractual”.

Ya por lo que se refiere a la cuestión relativa a las posibilidades de finalización del contrato por obra, de una parte, la **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2003**, I.L. J 124, viene a señalar que ha de considerarse como causa lícita de extinción de la relación laboral “cuando la misma no coincide exactamente con la total finalización de la obra, sino con la paulatina necesidad de menor actividad que se produce hasta la clausura definitiva de la misma o bien se produce cuando terminan las tareas propias de la especialidad para la que fue contratado el trabajador; aunque se mantenga la ejecución o realización de otras fases o tareas del proyecto (...)”. De otro lado, la **STSJ de Extremadura de 5 de febrero de 2003**, I.L. J 747, declara ajustada a derecho la alegación de que la suspensión administrativa de una obra constituye causa de extinción de un contrato para obra o servicio determinado, por cuanto el convenio colectivo de la construcción aplicable al caso estipula que la paralización temporal de la obra por causa imprevisible y ajena al empresario debe ser considerada como motivo de terminación de la obra y cese del contrato, entendiendo la sentencia que el hecho de que el trabajador continuara prestando servicios en la empresa durante los quince días siguientes a la notificación del cese no es sino el cumplimiento del preaviso exigido por la propia norma convencional.

Por último, abordando los dos aspectos subrayados en este apartado, cabe hacer mención a la **STSJ de Galicia de 13 de febrero de 2003**, I.L. J 607, en la que, respecto a la validez de la contratación, no se aprecia fraude de ley en los sucesivos contratos de obra o servicio suscritos por una trabajadora, en cuya respectiva formalización se alegaba cada vez una causa distinta; y de igual modo, tampoco se califica como despido improcedente la comunicación de extinción del último de estos contratos con motivo de haberse reduci-

do la participación de la empresa en la prestación de los servicios concertados con una empresa cliente y que habían constituido el objeto de la contratación laboral, entendiéndose que esta causa se ajusta a la previsión del art. 49.1.c) ET.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Respecto de esta modalidad contractual temporal, una sentencia debe ser destacada por su relación con la importante **STS de 17 de diciembre de 2001**, que, como se recordará vino a resolver la cuestión relativa a la viabilidad de la regulación convencional del denominado “contrato eventual a llamada” que establecía el Convenio Colectivo de Agrios y Tomate de la Región de Murcia. Pues bien, aplicando la doctrina jurisprudencial derivada de aquella resolución, la **STSJ de Murcia de 17 de febrero de 2003**, I.L. J 323, viene a reseñar, en un supuesto en que la trabajadora fue contratada según aquella modalidad contractual declarada nula por el TS, que:

“El contrato eventual, no puede ser intermitente. La intermitencia está reservada para los trabajos fijos discontinuos. El contrato a tiempo parcial, exige la precisión del tiempo de efectividad de servicios por el que se concierta, y el contrato para trabajos fijos discontinuos exige una precisión en el orden de los llamamientos.”

c) El contrato de interinidad

En relación con el contrato de interinidad, además de las **SSTS de 22 de enero y de 29 de abril de 2003**, I.L. J 16 y 530, de alcance procesal, las sentencias que cabe traer a colación en la presente crónica son, de un lado, la **STSJ de Madrid de 17 de enero de 2003**, I.L. J 276, que determina la conversión en indefinido de un contrato de interinidad por sustitución en un supuesto en el que queda demostrado que el trabajador sustituido no se reincorporó a su puesto acabado el plazo de excedencia, quedando la plaza desierta tras la convocatoria del correspondiente concurso y continuando el trabajador interino la prestación del servicio. De este modo, concluye la resolución comentada que:

“Es evidente, que al quedar desierta la plaza ocupada por el recurrente en el concurso citado, la prestación de servicios que continúa en la actualidad carece de causa contractual (...). Una vez acabada la excedencia y ofertada la plaza quedando desierta, la continuación de la prestación de servicios carece de causa que la haga temporal. Es por tanto una relación indefinida.”

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de abril de 2003**, I.L. J 779, se pronuncia a propósito de un contrato de interinidad concertado por un período de doce meses para, al amparo del RD 1194/1985, posibilitar la jubilación anticipada de un trabajador a los 64 años, y al respecto declara que el vencimiento del plazo pactado constituye causa válida de extinción, sin que proceda la conversión del contrato en indefinido por falta de reincorporación del sustituido, máxime cuando el actual art. 8.1.c) RD

IV. Modalidades de Contratación

2720/1998 califica como motivo de extinción del contrato de interinidad “la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo”, de lo que se desprende que:

“la muerte, la incapacidad permanente, la jubilación o la no reincorporación en tiempo del empleado sustituido producen la extinción o quiebra del contrato de interinidad, no lo convierten en indefinido”.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

En esta materia, además de la **STS de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 459, de alcance procesal, deben destacarse dos resoluciones referidas al tema de la percepción del complemento de antigüedad por parte de los trabajadores temporales. Se trata de las **SSTSJ de Asturias de 24 de enero y 28 de febrero de 2003**, I.L. J 311 y 746, que abordan la conocida cuestión del abono de este complemento a los trabajadores temporales de acuerdo con lo pactado convencionalmente, reconociendo este derecho a los mismos en el concreto supuesto planteado. Y ello con una interpretación acorde, de una parte, a la reiterada doctrina centrada en el argumento de que “con el citado complemento no se retribuye la permanencia en abstracto del trabajador en la empresa sino su vinculación contractual durante un tiempo concreto”; y, de otra, al espíritu más cercano al principio de igualdad del art. 15 ET tras la reforma introducida por la Ley 12/2001.

b) Conversión en contratos indefinidos

Además de la **STSJ de Madrid de 17 de enero de 2003**, I.L. J 276, en relación con la conversión en indefinido del contrato de interinidad por sustitución a que antes hacíamos referencia, debe destacarse en esta materia también la **STS de 20 de enero de 2003**, I.L. J 5, que resuelve en unificación de doctrina el carácter indefinido de un supuesto de contratación laboral concertada en fraude de ley bajo la forma de arrendamiento de servicios incluyendo en este contrato una cláusula por la que se fija una fecha concreta de extinción del mismo. El TS viene a reseñar que el hecho de que el contrato sea de naturaleza laboral “no implica que todas las cláusulas del contrato que celebraron las partes sean nulas, sino que han de ser consideradas como tales sólo las incompatibles con su índole de contrato de trabajo”. Así, en relación con la temporalidad del contrato se puntualiza que:

“Visto que la temporalidad en el contrato de trabajo exige una causa que la justifique es claro que apoyándose en el caso enjuiciado dicha temporalidad sólo en la concorde voluntad de las partes, temporalidad que era válida en el contrato de arrendamiento de servicios, es claro que sobre el demandado recaía la carga de probar que concurría alguna de las causas que justificasen la temporalidad en el contrato que ha resultado ser de trabajo, lo que ni siquiera se ha intentado. Y, por otra parte, ni de la índole de los trabajos contratados ni de los términos del contrato se deduce que concurriera alguna causa de temporalidad (...)”

c) Tratamiento de la extinción contractual

Varias cuestiones centran la atención de las sentencias analizadas en relación con las posibilidades de extinción del contrato temporal y sus consecuencias.

Un primer aspecto objeto de examen ha sido la concurrencia de fraude de ley en materia de desempleo derivada de un supuesto de sucesión contractual. Clarificadora a este respecto resulta la **STS de 6 de febrero de 2003**, I.L. J 332, dictada en unificación de doctrina: el supuesto de hecho enjuiciado en esta resolución es el ya abordado en esta crónica en números anteriores consistente en plantear si cabe considerar que resulta fraudulenta respecto de la prestación por desempleo la sucesión contractual derivada del cese voluntario en una relación laboral indefinida y la aceptación después de un contrato temporal. Pues bien, en la sentencia referida, el TS, tras hacer un análisis evolutivo de la legislación en la materia, viene a concluir que:

“Si el legislador hubiera pensado entonces o lo pensara en la actualidad, que la mera sucesión de dos contratos de trabajo, el primero de carácter indefinido y con cierta antigüedad en el interesado, y el segundo de carácter temporal y con duración relativamente breve, constituía un claro supuesto de fraude de ley, lo habría incluido en alguna de las reformas llevadas a cabo en la legislación sobre desempleo. Pero no lo ha hecho.”

De acuerdo con ello, respecto de la concurrencia de fraude, señala la resolución “que no cabe presumir, por la mera sucesión de contratos como los descritos, y sin ninguna circunstancia adicional relevante, la existencia de fraude. Ello sin perjuicio de que en casos en que concurren circunstancias especiales o significativas, sí quepa llevar a cabo una tal presunción”. Precisamente, a esta última conclusión llegan las **SSTSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2003**, I.L. J 659 y 660, en las que se acaba denegando la prestación de desempleo por apreciar que, en los concretos supuestos enjuiciados, el cese en un contrato indefinido para seguidamente suscribir un contrato temporal con condiciones laborales muy inferiores sí permite presumir la existencia de fraude de ley en la segunda contratación, realizada con el único fin de acceder a la protección por desempleo.

Una segunda cuestión de interés se aborda en la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de enero de 2003**, I.L. J 729, en la que se recuerdan los efectos de los despidos improcedentes en los contratos temporales, con ocasión del cese de un trabajador que había suscrito un contrato eventual que debía finalizar el 22 de abril de 2002 y que fue objeto de despido el 21 de enero de 2002, habiéndose dictado la sentencia el 3 de mayo del mismo año. En tanto la sentencia de despido es posterior al término pactado en el contrato, el Tribunal Superior de Justicia considera inadecuado tanto conceder a la empresa la opción por la readmisión, como condenarla a abonar los salarios dejados de percibir hasta la notificación de la sentencia —esto es, más allá de la fecha de finalización del contrato—:

“La sentencia recurrida (...) llega a la conclusión de que el despido de que ha sido objeto es improcedente, y condena a la empresa demandada a abonar los salarios dejados de per-

IV. Modalidades de Contratación

cibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, concediendo a la empresa la opción por la indemnización o la readmisión. (...) Es evidente que la sentencia recurrida ha incurrido en infracción de la doctrina jurisprudencial consolidada en el ámbito de los despidos improcedentes en el marco de contratos temporales, cuya fecha de finalización es anterior a la sentencia de despido, ya que en esos casos tan sólo debe pronunciarse la sentencia sobre los salarios de tramitación sin conceder al empresario la opción por la readmisión, ya que en la fecha en que se dicta la sentencia el contrato temporal había ya finalizado, aunque sí deba mantenerse el pronunciamiento relativo a la indemnización correspondiente a favor del trabajador despedido. (...), siendo incongruente el pronunciamiento del fallo de dicha sentencia tanto respecto de la opción concedida a la empresa como del día final de los salarios de tramitación reconocidos a favor del trabajador.”

Finalmente, respecto a una materia ya reiterada, hay que hacer referencia a la **STS de 11 de abril de 2003**, I.L. J 511, en la que se expone la doctrina jurisprudencial sobre el carácter temporal –coincidente con el curso escolar– del contrato de los profesores de religión católica (cuya regulación deriva del Tratado internacional celebrado entre la Santa Sede y el Estado español el 3 de enero de 1979 y no del art. 15 ET). De ahí que “la falta de inclusión en la propuesta del Ordinario para los cursos sucesivos, aunque el interesado hubiera impartido la enseñanza en los precedentes, no equivale a un despido”.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

Respecto del contrato a tiempo a parcial destaca la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 19 de febrero de 2003**, I.L. J 376, que resuelve una demanda de conflicto colectivo declarando el derecho de los trabajadores a tiempo parcial a percibir de manera completa la cuantía de los complementos convencionales mensuales de Transporte, Calzado y Conservación del Uniforme y Ropa de Trabajo:

“(...) el ET prevé expresamente el principio de igualdad de trato con la excepción de que una disposición legal o convencional disponga expresamente lo contrario y es de poner de relieve que los complementos de transporte, lavado de ropa y calzado (...) no retribuyen el trabajo por unidad de tiempo, razón por la cual dichos conceptos extrasalariales no se pueden considerar sometidos a las vicisitudes de ninguna unidad de tiempo en el trabajo (...)”.

B) Contrato fijo discontinuo

En relación con el contrato de fijo discontinuo, diversas y de variada temática son las resoluciones que merecen nuestra atención en el período analizado.

En cuanto a la delimitación del contrato fijo discontinuo respecto a otros contratos temporales, muy interesante resulta la **STSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2003**, I.L. J 651,

no tanto por incidir en tan conocida diferenciación, sino por el cambio de criterio que introduce respecto a la entidad contratante. Concretamente, el litigio resuelto versa sobre la extinción de la relación laboral existente entre “Correos y Telégrafos, SAE” y una trabajadora que había sido objeto de dos contratos eventuales sucesivos para atender el aumento de tráfico postal debido a la “Campana de Navidad”. Al respecto, la Sentencia empieza recordando que la doctrina del Tribunal Supremo ha venido admitiendo que, a diferencia de lo que ocurre en las empresas privadas, en las Administraciones Públicas resulta adecuada la contratación eventual de trabajadores para realizar la propia actividad ordinaria que no puede ser atendida por el personal de plantilla al existir vacantes sin cubrir. Ahora bien, siguiendo sentencias recientes de la misma Sala, el Tribunal Superior de Justicia remarca que la transformación de Correos y Telégrafos en Sociedad Anónima Estatal por parte de la Ley 14/2000 ha motivado que ya no se le puedan seguir aplicando las normas de derecho público propias de la Administración, sino que ahora queda sometida al derecho privado, y en concreto, por lo que al caso se refiere, la Sentencia precisa que el supuesto debe ser analizado a la luz de la distinción jurisprudencial entre la contratación eventual y la fija discontinua: por ello, dado que el objeto de los contratos suscritos es cubrir la Campana de Navidad y ésta no es una circunstancia excepcional o imprevisible, sino que constituye una necesidad de trabajo cíclica, el Tribunal acaba declarando el carácter fijo-discontinuo de la trabajadora y la consiguiente improcedencia del despido.

Buscando asimismo perfilar el alcance de esta modalidad contractual, la **STSJ de La Rioja de 4 de febrero de 2003**, I.L. J 563, tras realizar un exhaustivo repaso a la regulación legal del contrato fijo discontinuo, se pronuncia respecto de la cuestión del doble alcance de estos contratos como “contratos de trabajo indefinidos de fijos-discontinuos tanto para trabajos que tengan carácter de fijo-discontinuo y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, como para trabajos fijos-discontinuos que se repitan en fechas ciertas, a los cuales les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido”. En relación con este último supuesto, que es el planteado al Tribunal, la resolución que comentamos reseña:

“(…) que la jornada máxima anual que el trabajador a tiempo parcial fijo-discontinuo con contrato indefinido puede hacer, sin que su contrato se desvirtúe e incluidas las horas complementarias, ha de ser siempre inferior a la jornada anual correspondiente al trabajador a tiempo completo comparable al servicio de la misma empresa, teniendo como límite máximo el número de horas complementarias el del 15 por ciento de la jornada normal del trabajador fijo-discontinuo, salvo que se pacte un límite superior”.

Ya en relación a la extinción de este tipo de contratos, varias son las sentencias que emiten pronunciamientos en este tema. Éste es el caso de la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de enero de 2003**, I.L. J 130, que aborda la cuestión de la falta de llamada a la trabajadora fija discontinua una vez llegada la temporada para la que se concierta el contrato. Pues bien, la sentencia viene a considerar que la no realización de la llamada ha de considerarse constitutiva de un despido improcedente, aunque esa actua-

IV. Modalidades de Contratación

ción se justifique por parte de la empresa en el dato de que la trabajadora prestaba servicios en ese momento para otra empresa dentro de la temporada anterior que se había alargado de forma extraordinaria:

“ya que ello supone desconocer el derecho de opción del que la actora es exclusiva titular y por ende, a ella le corresponde ejercerlo en el sentido que estimara conveniente, bien de continuar prestando servicios en la temporada de invierno o incorporarse a la temporada de verano, de aquí que la omisión de llamamiento al iniciarse esta última, entraña un verdadero despido (...)”.

Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a las circunstancias del caso, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de enero de 2003**, I.L. J 730, declara que para apreciar la existencia de despido improcedente de una trabajadora fija discontinua no es necesario esperar a que al inicio de la siguiente campaña no se produzca su llamada, sino que tal decisión extintiva puede entenderse producida a la finalización de la última campaña, a la vista de los claros términos en que la comunicación recibida por la trabajadora expresa la voluntad empresarial de rescindir definitivamente la relación laboral.

Por último, en torno a las consecuencias de la extinción, la **STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2003**, I.L. J 360, se pronuncia sobre la antigüedad en relación con los trabajadores fijos discontinuos. Concretamente, la resolución viene a reconocer que para el cálculo de la indemnización correspondiente a una trabajadora fija discontinua “se sumarán todos los períodos que efectivamente trabajó, despojando así toda duda sobre su antigüedad”.

5. CONTRATOS FORMATIVOS

Destaca en relación con el contrato de formación, la **STS de 10 de febrero de 2003**, I.L. J 35, que en unificación de doctrina se pronuncia sobre la validez de la formación teórica impartida por un centro de educación a distancia. Concretamente, se analizan las consecuencias que sobre un contrato para la formación concertado por seis meses deban derivarse del hecho de que la formación se haya realizado fuera de la jornada laboral por un centro de educación a distancia. Pues bien, la resolución referida, remitiéndose a la posibilidad prevista por el art. 10.4 del RD 488/1998 que desarrolla el art. 11 del ET, concluye que “fue el legislador el que autorizó que la enseñanza teórica pudiera ser impartida a través de centro de enseñanza no presencial”, destacando que, de acuerdo con la exigencia del art. 11.2.k) ET de que se presumirá común el contrato para la formación sólo cuando se incumpla en su totalidad la obligación de formación teórica, no invalida el contrato para la formación la posibilidad de que en el supuesto de hecho no se hubiesen cumplido todos los requisitos previstos para acudir a la educación a distancia:

“Se desprende de todo lo expuesto que pudiera ser que la empresa hubiera acudido a las enseñanzas de un centro de educación a distancia en supuesto no expresamente autorizado por la Ley (casos de inexistencia de centros o cursos apropiados en horario compatible

con el de trabajo). Pero ello no supone el absoluto incumplimiento de las obligaciones en materia de formación teórica, formación que fue efectivamente impartida, mediante una de las formas previstas en la Ley y a través de un centro homologado por el INEM.”

En segundo lugar, la **STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2003**, I.L. J 364, se pronuncia sobre la adecuación legal de un contrato de formación pactado para dar cobertura a una plaza de ayudante de camarero en un bar cuando se da la circunstancia, primero, de que la formación teórica se pacta como en el caso anterior con un centro de educación a distancia; y, sobre todo, de que la trabajadora contratada a través de esta modalidad era “la única trabajadora del local, llevando por sí sola el establecimiento, atendiendo a clientes y proveedores, salvo en los dos o tres primeros meses de la relación laboral en la que estaba acompañada por el titular del bar”, siendo las tareas a realizar bastante elementales y simples. Pues bien, de acuerdo con las características de la prestación concertada, la resolución concluye que:

“Se evidencia con ello que en realidad se pretendía cubrir un puesto de trabajo ordinario de camarero obviando la obligada formación teórica de la trabajadora (...), utilizando de esta forma la privilegiada fórmula del contrato para la formación con una finalidad bien distinta a la que constituye la causa que justifica la temporalidad de este tipo de contratación, lo que determina que haya que reconocerse a la actora la categoría profesional que real y efectivamente se correspondía con las tareas realizadas y por consiguiente la retribución que conforme a la misma prevé el convenio colectivo de aplicación (...).”

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

En relación a esta materia encontramos dos sentencias sobre la contratación de trabajadores por los Servicios Autonómicos de Salud a fin de sustituir a los titulares de las respectivas plazas, de conformidad con el art. 7.6 de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud. La primera de estas resoluciones es la **STSJ de Extremadura de 25 de febrero de 2003**, I.L. J 756, relativa a la sustitución de una trabajadora que se encontraba en situación de incapacidad temporal y que una vez solicitada la reincorporación comenzó a disfrutar del permiso de baja maternal, procediéndose en tal momento al cese de la sustituta y a la cobertura del puesto por otra trabajadora distinta. De entrada, el Tribunal empieza por aclarar que estamos ante una relación jurídica de naturaleza estatutaria y no laboral, por lo que no resulta de aplicación la normativa del Estatuto de los Trabajadores [art. 1.3.a) ET], sino el art. 7.6 de la Ley 30/1999. Por esta razón, la Sentencia declara la conformidad a Derecho de la extinción contractual, en tanto el citado precepto establece que la reincorporación de la persona sustituida constituye causa del cese de la sustituta, y en este caso, ha de entenderse producida la reincorporación como requisito necesario para obtener la licencia por maternidad:

IV. Modalidades de Contratación

“Desde la incapacidad temporal no se podía pedir licencia o descanso por maternidad. Finalizado el contrato de sustitución –que la doctrina denomina de interinidad propia– ya no podía hacersele revivir por otra situación en la que el Servicio Extremeño de la Salud podía o no arbitrar otro contrato de sustitución, con la misma sustituta o con otra diferente.”

La segunda de las causas que posibilita la extinción de estos nombramientos por sustitución es objeto de análisis en la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de marzo de 2003**, I.L. J 768, relativa a una trabajadora que es cesada un año después de haber sido nombrada para sustituir a la titular de la plaza, quien, aunque no se especifica la causa, consta que había solicitado una excedencia por cuidado de hijo. También aquí el Tribunal considera ajustada a Derecho la extinción del nombramiento de la trabajadora, en tanto que, conforme al art. 7.6 de la Ley 30/1999, la otra causa válida de cese del sustituto es la pérdida por el sustituido del derecho a la reincorporación a la misma plaza o función, y a tal efecto, la Sentencia recuerda que el art. 29.4 de la Ley 30/1984 dispone que sólo durante el primer año de excedencia por cuidado de hijos se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo:

“En el caso de autos la persona sustituida dejó de tener derecho a la reincorporación a su plaza pues ya ha transcurrido el año durante el cual pervivía dicho derecho. En consecuencia, habiéndose producido la vacante de la plaza por haber perdido su titular el derecho a la reserva de la misma, es evidente que concurre una de las causas que produce la finalización del nombramiento como interina-sustituta otorgado a la demandante, causa de extinción expresamente prevista en la normativa de aplicación y en la Cláusula 6 de dicho nombramiento, por lo que el cese de la actora producido al año de concedérsele a la sustituida la excedencia por cuidado de un hijo, debe considerarse correcto y ajustado a derecho.”

B) Contratación laboral

a) Requisitos de acceso

Mínima –y de relativa importancia, por no entrar en la resolución de los asuntos planteados– es la presencia de pronunciamientos sobre este aspecto. De un lado, éste es el caso de la **STSJ de Murcia de 14 de abril de 2003**, I.L. J 722, dictada en relación a la pretensión de una trabajadora a ser contratada por ostentar un derecho preferente en la lista de espera para la contratación eventual en “Correos y Telégrafos, SAE”: en ella, aunque no se resuelve por el Tribunal, sí al menos se pone de relieve la interesante cuestión procesal de si, a partir de la conversión de esta entidad en Sociedad Anónima Estatal, ya no procede interponer una reclamación administrativa previa, sino una papeleta de conciliación anterior a la demanda.

De otro lado, cabe mencionar la **STS de 7 de mayo de 2003**, u.d., I.L. 799, que aunque tampoco llega a pronunciarse sobre el fondo –por no apreciar en este caso contradicción con la sentencia de contraste–, sí llega a afirmar que “parece razonable” el criterio segui-

do en la sentencia recurrida, en la que, ante la pretensión de que se declare la nulidad de un contrato de interinidad por vacante por no atenerse a las normas generales sobre selección en la contratación laboral de la Administración Local, se acaba denegando tal solicitud por cuanto la suscripción de dicho contrato estaba precedida por dos contratos de obra o servicio determinado con el mismo objeto en los que sí se habían aplicado las reglas de selección, y dado que dicha obra no había terminado cuando se firmó el nuevo contrato, se concluye que, aunque se declarara la nulidad, se mantendría en vigor el contrato de obra determinada.

b) Irregularidades en la contratación laboral

En relación con la celebración de contratos temporales por la Administración Pública, la **STSJ del País Vasco de 21 de enero de 2003**, I.L. J 301, determina que no es admisible que ésta cese a un trabajador temporal para contratar temporalmente a otro en el mismo puesto de trabajo:

“La ausencia de selección reglamentaria privó de eficacia a la cláusula de temporalidad porque la administración no puede cesar a un contratado temporal para contratar temporalmente a otro trabajador que venga a ocupar el mismo puesto, ya que la naturaleza de la interinidad en la administración (...) prevalece lógicamente sobre cualquier decisión unilateral en contrario tomada por la corporación empleadora.”

Por su parte, reiterando conocidísima doctrina unificada, las **SSTSJ de Galicia de 10 y 12 de febrero de 2003**, I.L. J 605 y 606, insisten en que las irregularidades en la contratación temporal por parte de las Administraciones Públicas dan lugar a la consideración del trabajador como vinculado por un contrato laboral indefinido —con consecuencias prácticas similares a las de un contrato de interinidad, en el sentido de que se garantiza el empleo únicamente hasta la cobertura del puesto que se desempeña—, pero que en ningún caso otorgan al trabajador la calificación de “fijo de plantilla” con una adscripción definitiva —condición que queda reservada a los contratados por el procedimiento reglamentario—. Esta sabida diferencia jurídica entre los trabajadores llamados “fijos” e “indefinidos” al servicio de la Administración Pública es también objeto de análisis en la **STSJ del País Vasco de 14 de enero de 2003**, I.L. J 292, en la que a los mismos efectos se remarca igualmente la idea de que el carácter indefinido del contrato implica “desde una perspectiva temporal, que éste no está sometido, ni directa ni indirectamente, a un término. Por ello no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en plantilla, que no sería compatible con las normas legales sobre selección del personal fijo en las Administraciones Públicas”.

Ya como cierre, y también en relación con la diferencia entre la relación indefinida y fija, la **STSJ de Aragón de 30 de enero de 2003**, I.L. J 88, determina la validez de una cláusula convencional que reconoce el derecho a la excedencia voluntaria sólo a los trabajadores fijos y no a los indefinidos (a los que la resolución compara también con los interinos), concluyendo que:

IV. Modalidades de Contratación

“(…) la dificultad de aplicar la excedencia voluntaria a los trabajadores indefinidos que no son fijos de plantilla (o a los interinos) radica en que la excedencia voluntaria no da derecho a la conservación del puesto de trabajo sino únicamente, *ex art. 46.5 ET*, un derecho preferente al reingreso en vacantes de la empresa de igual o similar categoría. Ello conlleva que, de aplicarse esta institución a los trabajadores indefinidos, se rompería la vinculación entre el trabajador indefinido y la concreta plaza que ocupa, pues el reingreso no tendría por qué producirse en la misma plaza que ocupaba antes, sino en cualquier otra vacante de la empresa de igual o similar categoría, lo que supondría mutar la naturaleza del vínculo del trabajador, caracterizado nítidamente por la vinculación del mismo a una concreta plaza (…)”.

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) Fondo de Garantía Salarial. a) *Dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los casos en que es responsable directo: fecha a partir de la cual el trabajador consintió su despido al no impugnar judicialmente el cese. b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: conciliación previa a la demanda. c) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA por el ejercicio de acciones ejecutivas o por reconocimiento del crédito en procedimiento concursal. d) Responsabilidad: procede en aquellos supuestos en que se compatibiliza la condición de socio minoritario de una Cooperativa Agraria con la de trabajador por cuenta ajena de ella. e) Responsabilidad subsidiaria, y no conjunta y solidaria, del FOGASA, en los casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores. f) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Salarios de tramitación pactados por empresa insolvente en conciliación extrajudicial. Alcance de las responsabilidades del FOGASA, respecto al concepto o determinación del saldo y finiquito. g) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Despido objetivo por causas económicas judicialmente declarado procedente: abono por el FOGASA del 40 por ciento de la indemnización, pero no del 60 por ciento restante, al no haberse declarado la insolvencia empresarial que no es necesaria para que sea procedente un despido objetivo por causas económicas. h) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo: incumplimiento de las formalidades y requisitos legales. Diferencia entre la responsabilidad directa y la responsabilidad subsidiaria a estos efectos. **2. Jornada de trabajo.** A) Condición más beneficiosa. El derecho al descanso por asuntos propios no puede ser absorbido o compensado por una condición más beneficiosa, como lo es que los trabajadores vengán realizando una jornada anual inferior a la que marca el convenio colectivo vigente. B) Horas extraordinarias. a) Cómputo anual de la jornada. C) Jornada anual. a) De los médicos residentes de la Conselleria de Sanidad de la Comunidad Valenciana. **3. Clasificación profesional.** A) Administrativos del Ministerio de Defensa y clasificación profesional en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración Central del Estado. 4. Movilidad funcional. A) Movilidad fun-

cional del trabajador y titulación. **5. Movilidad geográfica.** A) Tutela del derecho a la libertad sindical. Movilidad geográfica débil– sin cambio de residencia–. Plazo de caducidad o prescripción. B) Banco. Cambio de destino. Indemnización de daños y perjuicios. Nulidad de actuaciones. **6. Modificación sustancial de condiciones de trabajo.** A) Caducidad. Inexistencia. Cambio de horario. Aceptación previa del actor. B) Modificación que no afecta al tiempo de trabajo, sino a las funciones laborales. Denegación desempleo. C) Reducción de comisiones. Novación contractual. Modificación de condiciones de trabajo. Prescripción. D) Ayuntamiento. Complemento de destino o puesto de trabajo. Modificación sustancial y modificación accidental de condiciones de trabajo. Diferencias. **7. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: trabajadora con relación indefinida, sin fijeza de plantilla. B) Excedencia voluntaria: Reingreso. Indemnización por despido. C) Excedencia voluntaria: Reingreso. Derecho a la plaza. D) Excedencia voluntaria. Reingreso. Solicitud extemporánea. **8. Suspensión del contrato de trabajo.** A) Reclamación salarial: Trabajador fijo discontinuo. B) Suspensión del contrato: autorización. No se excluye a los miembros del Comité de Empresa. C) Suspensión. Incapacidad permanente total.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2003 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 805).

1. SALARIO

A) Fondo de Garantía Salarial

a) **Dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA en los casos en que es responsable directo: fecha a partir de la cual el trabajador consintió su despido al no impugnar judicialmente el cese**

La STSJ de Aragón de 19 de marzo de 2003, I.L. J 579, señala que el plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad del FOGASA cuando éste es responsable directo, la relación laboral se extingue por la causa prevista en el párrafo c) del art. 52 ET, y no se impugna judicialmente el cese, comienza a partir de la fecha en que el trabajador manifestó su conformidad con el mismo, es decir, al día siguiente al transcurso de los veinte días hábiles de que dispone el trabajador para impugnar el despido que le afectó.

b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: conciliación previa a la demanda

La STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2003, I.L. J 648, aplica la reciente doctrina unificada del TS, plasmada en STS de 11 de marzo de 2002, I.L. J 570, entre otras, para concluir que la presentación de la papeleta de conciliación ante el correspondiente órgano administrativo, interrumpe el plazo de prescripción tanto frente a la empresa como frente al Fondo de Garantía Salarial, por cuanto no se trata de una mera reclamación “privada” o extrajudicial, sino de un requisito indispensable para el ejercicio de la acción.

c) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA por el ejercicio de acciones ejecutivas o por reconocimiento del crédito en procedimiento concursal

En STS de 3 de abril de 2003, I.L. J 662, se reitera la doctrina jurisprudencial expuesta en STS de 11 de julio de 2001, I.L. J 1917, en donde se planteó y resolvió la misma cuestión litigiosa, situada, de un lado, en el alcance que debe darse a los actos de reconocimiento de la deuda por el deudor, al efecto de interrumpir el correspondiente plazo de prescripción, y en determinar si la incoación de un expediente de suspensión de pagos tiene entidad suficiente para ser interpretado como un acto de reconocimiento de la deuda en relación a la obligación del empresario, y, por otro lado, sus efectos respecto al FOGASA.

En cuanto a lo primero, se razonó por el TS que, partiendo de que en principio debe entenderse por reconocimiento de deuda la conducta del obligado que ponga de manifiesto la aceptación de la deuda, no cabe duda de que si, en la providencia en que es admitida la de suspensión de pagos de la empresa demandada, el actor figura en la relación de acreedores facilitada por la empresa, existió, por parte de ésta, un reconocimiento de la deuda con aquél, que pudieron conocer los restantes acreedores que tomaron parte en el expediente de suspensión de pagos, por lo que la prescripción del crédito quedó interrumpida por el reconocimiento de la deuda para la empresa demandada.

Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad del FOGASA, también se razonó que, dado que se había formulado una reclamación de salarios por un trabajador frente al empresario, que el FOGASA únicamente responde en el supuesto de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, y que el deudor principal ya había reconocido expresamente la deuda, debía determinarse si el plazo de prescripción interrumpido comienza de nuevo a computarse a partir del momento en que se inició el expediente de suspensión de pagos, o si durante la tramitación de ese expediente, sigue interrumpida la prescripción. A tal efecto señaló el TS, aplicando la previsión contenida en el párrafo segundo del art. 33.7 ET, que la tramitación del procedimiento concursal suspende el cómputo de la prescripción de las acciones, y que se debe entender que la suspensión ha de prolongar sus efectos desde la iniciación hasta la conclusión del expediente de suspensión de pagos, pues se trata de una interrupción judicial originada por la solicitud del suspenso, y que debe seguir produciendo sus efectos hasta que por decisión judicial se ponga fin al trámite.

Finalmente, la STS de 3 de abril de 2003 comentada, concluye señalando que la suspensión de pagos es uno de los supuestos contemplados en el art. 33.7, párrafo 2º, ET, a efectos de interrumpir la prescripción de la acción del acreedor, porque el hecho de que sea un procedimiento preliminar no le priva de su naturaleza concursal.

d) Responsabilidad: procede en aquellos supuestos en que se compatibiliza la condición de socio minoritario de una Cooperativa Agraria con la de trabajador por cuenta ajena de ella

Así lo señala la STSJ de Murcia de 7 de enero de 2003, I.L. J 136. Indica la sentencia comentada que el TS ha venido manteniendo que es compatible la cualidad de socio con la de trabajador en sentido estricto, y que al no encontrarse razón normativa alguna para la exclusión de la protección del FOGASA en tal caso, pues frente a cualquier otra condición (socio de trabajo o socio trabajador) debe prevalecer a estos efectos, y dadas las circunstancias de prestación de sus servicios, la condición de trabajador, aunque sea socio con una participación muy minoritaria, se debe reconocer entonces el derecho a las correspondientes prestaciones del mencionado Organismo en la cuantía legalmente establecida.

e) Responsabilidad subsidiaria, y no conjunta y solidaria, del FOGASA, en los casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores

En las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de enero de 2003, I.L. J 540 y 542, se señala que en los casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, la responsabilidad del FOGASA sólo puede ser de carácter subsidiario, y no conjunta y solidaria con la empresa demandada, de modo que no puede ser condenado el FOGASA, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria, conforme al art. 33 ET.

f) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Salarios de tramitación pactados por empresa insolvente en conciliación extrajudicial. Alcance de las responsabilidades del FOGASA respecto al concepto o determinación del saldo y finiquito

En el supuesto que resuelve la STS de 17 de marzo de 2003, I.L. J 472, se plantea si el FOGASA debe o no responder, en caso de insolvencia empresarial, de los salarios de tramitación pactados entre la empresa y el trabajador en conciliación administrativa preprocesal, tras reconocer la empleadora la improcedencia del despido de dicho trabajador, y el alcance de las responsabilidades del FOGASA respecto al concepto o determinación del saldo y finiquito.

Respecto de la primera cuestión, el TS reitera el criterio mantenido en anterior Sentencia de 26 diciembre 2002, I.L. J 2716, sentando, una vez más, que el título habilitante exigido por la norma, contenida en el art. 33.1 ET, para que tenga lugar la responsabilidad garantizadora del FOGASA, es la existencia de una resolución administrativa o judicial.

V. Dinámica de la Relación Laboral

En la mencionada STS de 26 diciembre 2002, cuyo criterio reitera la STS comentada, el TS concreta que, por razones de temporalidad, el precepto objeto de interpretación y aplicación es el art. 33.1 ET en su redacción anterior a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, y a continuación indica que la doctrina en la materia ya ha sido unificada, a partir de la STS de 4 de julio de 1990, recaída en un recurso “en interés de la ley”, votada en Sala General, y cuya doctrina se ha reiterado por otras SSTS posteriores, como las de 22 de diciembre de 1998 (recurso 1595/1998), de 17 de enero de 2000 (recurso 574/1999) y de 18 de septiembre de 2000 (recurso 3840/1999), en donde se ha señalado que el FOGASA, sólo asume los salarios de trámite cuando los “acuerde la jurisdicción competente”, es decir, el juez de trabajo, a través de sentencia o, eventualmente, auto dictado dentro del incidente de no readmisión o readmisión irregular, y que no cabe identificar este acuerdo con la conciliación judicial, ya que los derechos y las obligaciones que de la misma derivan, provienen de la voluntad de las partes, que reglamentan sus intereses en la manera que les parece más conveniente.

Concluye el TS señalando que no existe razón para dejar de aplicar al presente supuesto dicha doctrina, por dos motivos; uno, porque tal doctrina ha recaído en interpretación del art. 33.1 ET en su redacción anterior a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, aplicable también al presente caso por razones de temporalidad, y, el segundo, porque la doctrina sentada por la reciente Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002, por la que se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha acerca de si el mencionado art. 33.1 ET respetaba o no el Derecho Comunitario, y, en concreto, la Directiva 80/987 CEE del Consejo, no se considera aplicable al concreto supuesto enjuiciado. En esta Sentencia del TJCE se declara expresamente que:

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

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

El TS considera que esta doctrina no puede extenderse a este supuesto concreto, básicamente porque el único supuesto que en ella se contempló, y sobre el que específicamente razonó y se decidió, fue el relativo a la conciliación llevada a cabo en presencia judicial, y porque, además, el TJCE, incidió en su argumentación, en que la conciliación, cuando se celebra con arreglo al art. 84 LPL está estrictamente controlada por el órgano jurisdiccional que debe aprobarla, argumentación que no es predicable respecto de la conciliación previa a la vía judicial, tal como aparece disciplinada en los arts. 63 a 68 de la LPL, pues ésta se lleva a cabo ante un funcionario del Servicio administrativo correspondiente, sin facultades de control sobre el contenido de lo acordado por parte de los conciliados, y sin competencias para aprobar o desaprobar lo pactado, y tampoco está legalmente prevista en esta vía administrativa la posibilidad de aprobación o desaprobar de lo acordado por parte de los órganos jurisdiccionales.

Por lo que respecta a la responsabilidad subsidiaria en el concepto de “saldo y finiquito”, el TS reitera, en este caso, el criterio seguido en STS de 17 de enero de 2000 que, al resolver un supuesto sustancialmente igual al ahora planteado, sentó que en aquellos casos en que el título de que dispone el trabajador, que es una conciliación judicial, no establece una deuda estrictamente salarial, sino que concreta una cantidad global por el concepto de “salarios de tramitación, saldo y finiquito”, sin especificar lo que tiene naturaleza retributiva, ni justificar nada en tal sentido, no puede prosperar su pretensión por ausencia de los presupuestos legalmente exigidos.

g) Responsabilidad subsidiaria: no procede. Despido objetivo por causas económicas judicialmente declarado procedente: abono por el FOGASA del 40 por ciento de la indemnización, pero no del 60 por ciento restante, al no haberse declarado la insolvencia empresarial que no es necesaria para que sea procedente un despido objetivo por causas económicas

La STSJ de Aragón de 20 de marzo de 2003, I.L. J 580, señala que la declaración judicial de procedencia del despido objetivo por causas económicas no excepciona la preceptiva declaración de insolvencia empresarial, previa a la reclamación ante el FOGASA del 60 por ciento de la indemnización legal, en tanto que el ET, para que se declare la procedencia del despido objetivo por causas económicas, no exige que la empresa sea declarada insolvente sino que las medidas propuestas contribuyan a superar una situación negativa de la empresa, lo que no es lo mismo que una situación de insolvencia empresarial.

h) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo: incumplimiento de las formalidades y requisitos legales. Diferencia entre la responsabilidad directa y la responsabilidad subsidiaria a estos efectos

En STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2003, I.L. J 366, se aplica el criterio contenido en STS de 14 de diciembre de 1999, I.L. J 1954, en donde señaló el TS, en un caso similar al enjuiciado, que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad

V. Dinámica de la Relación Laboral

correspondiente a las extinciones por despido objetivo del art. 52.c) ET o por despido colectivo del art. 51 ET a que se refiere el art. 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma, y que en el caso del despido objetivo no sólo se han de exigir las exigencias formales del art. 53 ET sino que, además, para que legalmente pueda ser calificado como tal y produzca cualquiera de los efectos propios del mismo, es preciso que se respetan con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los arts. 52.c) y 51.1 ET, porque si estos requisitos no concurren no hay despido objetivo.

Por ello, señala el TSJ de Cataluña, con cita de la Sentencia del mismo Tribunal de 11 de octubre de 2002, que si además de no haberse aportado prueba alguna respecto de la realidad de las causas económicas invocadas para despedir, tampoco se constata el cumplimiento de las exigencias previstas en el art. 53 ET, es claro que la decisión de extinción o despido por causas objetivas carece de toda realidad legal, razón por la cual el FOGASA, que está plenamente legitimado para excepcionar la procedencia de la deuda, debe ser eximido de toda responsabilidad.

Caso contrario sucede, como señala la STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2003, I.L. J 697, cuando lo que se cuestiona es la responsabilidad subsidiaria del FOGASA. En este último supuesto, en tanto que es necesario que la empresa se halle en situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, y que adeude, además, a los trabajadores, salarios e indemnizaciones para que responda el FOGASA, sucede que si la empresa ha cerrado o está en una mala situación económica, la nulidad del despido únicamente podrá conllevar, en su caso, la extinción de los contratos de trabajo con una indemnización superior, de modo que la responsabilidad del FOGASA, no sólo no desaparecería, sino que aumentaría, en tal hipotético caso.

Siendo así, y en tanto que tratándose de responsabilidad subsidiaria, sería mayor la cantidad adeudada por el FOGASA de prosperar la calificación de nulidad del despido y posterior extinción de los contratos de trabajo por imposibilidad de readmitir al trabajador por insolvencia empresarial, que en caso contrario, esta diferencia sustancial entre los supuestos de responsabilidad directa y de responsabilidad subsidiaria supone, a juicio del TSJ de Cataluña, que no queda el FOGASA liberado en estos casos de la correspondiente responsabilidad que le atribuyen los apartados 1º y 2º del art. 33 ET.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Condición más beneficiosa. El derecho al descanso por asuntos propios no puede ser absorbido o compensado por una condición más beneficiosa, como lo es que los trabajadores vengan realizando una jornada anual inferior a la que marca el convenio colectivo vigente

La empresa “Elyo Gym Ibérica, SA”, contrató a determinados trabajadores que provenían de la empresa “Santana Motor, SA”, haciendo constar en sus contratos de trabajo que la jornada laboral de los mismos no superaría las 1.720 horas efectivas de trabajo.

La relación laboral entre las partes, se rige por el Convenio Colectivo de Siderometal de Jaén, que establece una jornada de 1.766 horas anuales y un día de descanso por asuntos propios.

La empresa niega el disfrute del día de asuntos propios al personal contratado de “Santana Motor, SA”, al entender que, el mismo, ya se encuentra incluido en la jornada anual, la cual tienen reducida en un total de 46 horas anuales respecto al resto de trabajadores de la empresa.

Sin embargo, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de enero de 2003**, I.L. J 93, reconoce el derecho de los trabajadores a disfrutar el día de asuntos propios, al entender que la reducción de jornada anual es una condición más beneficiosa que los operarios han consolidado en su acervo patrimonial como derecho adquirido, que no puede ahora ser dejado unilateralmente sin efecto por el empleador ni puede ser compensada con los beneficios que reconoce el convenio colectivo a todos los trabajadores del sector. En idénticos términos se pronuncia la **STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de abril de 2003**, I.L. J 786.

Señalar, que distinta es la respuesta que sobre idéntica cuestión se está dando al personal estatutario. Múltiples son las sentencias que analizan si el disfrute por personal estatutario de una jornada inferior a la legalmente establecida puede llegar a consolidar una condición más beneficiosa que impida exigir al personal afectado el desarrollo de la jornada ordinaria, o la posteriormente pactada entre Administración y Sindicatos.

La solución a la que se llega en todos los supuestos, como tiene establecido ya el TS desde su Sentencia de fecha 19 de abril de 1991, recurso 1378/1990, es que no existe en estos casos una condición más beneficiosa que respetar, por ser ésta una institución típica y característica del ordenamiento jurídico laboral que no resulta aplicable en la esfera de las relaciones jurídico-públicas, sean funcionariales o estatutarias.

B) Horas extraordinarias

a) Cómputo anual de la jornada

El ET define la hora extraordinaria en su art. 35 como aquella que excede de la duración máxima de la jornada ordinaria establecida legalmente. Por su parte, el art. 34 del mismo texto legal, remite al convenio colectivo o al contrato de trabajo a efectos de la determinación máxima de la jornada, siempre que ésta no exceda de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

De la lectura de ambos preceptos, puede concluirse que, salvo mención en contrario del convenio colectivo, una distribución irregular de la jornada que alcance al final del año el número de horas máximas establecidas, no da lugar a entender como generada hora extraordinaria alguna.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Ésta es la doctrina que aplica la STSJ del País Vasco de 11 de febrero de 2003, I.L. J 432, que estima parcialmente la demanda en reclamación de horas extraordinarias de un trabajador, partiendo del exceso de jornada respecto a la anualmente establecida, no acogiendo la tesis del trabajador demandante de computar la hora extraordinaria como aquella que excediese de las ocho horas diarias de trabajo.

Doctrina esta que se acoge también, entre otras, por la STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2002, I.L. J 2340.

C) Jornada anual

a) De los médicos residentes de la Conselleria de Sanidad de la Comunidad Valenciana

La STS de fecha 18 de febrero de 2003, I.L. J 224, aborda la cuestión del límite máximo de jornada aplicable a los médicos residentes o médicos en formación.

Lo hace, con motivo del planteamiento de un conflicto colectivo por el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública, en el que se pide la nulidad de la cláusula 4ª del contrato tipo o modelo de contrato que las instituciones sanitarias de la Conselleria de Sanidad de la Comunidad Valenciana suscriben con el personal laboral titulado superior en régimen de formación.

Citada cláusula establece para este personal una jornada laboral máxima de 1.645 horas anuales, y la obligación de realizar con fines asistenciales y docentes, por encima de la jornada anual antes establecida, las horas de atención continuada que exijan las necesidades organizativas del centro para el funcionamiento de la Institución durante las 24 horas al día.

La pretensión de los demandantes es que se declare la nulidad de esta cláusula y se establezca que la jornada laboral máxima de estos trabajadores debe ser 1.645 horas anuales, sin perjuicio de que se consideren como horas extraordinarias las dedicadas a servicios de guardia por encima de las mismas.

El TS desestima la demanda, al entender que citada cláusula no es nula, siempre que la jornada de estos trabajadores (incluido el servicio de guardias) no supere la cifra máxima de 58 horas semanales. Para ello, el TS aplica el derecho transitorio previsto en la Directiva Comunitaria 2000/34. Esta directiva comunitaria establece en su derecho transitorio una aplicación gradual o escalonada para la adaptación al derecho interno, que establece, incluidas las horas extraordinarias, una jornada semanal máxima de 58 horas semanales hasta julio de 2008 y 56 horas de media hasta julio de 2010.

Conforme esta normativa, dado que las 1.645 horas anuales previstas en el contrato tipo impugnado, resulta ser más favorable para los trabajadores afectados que las 58 horas semanales previstas en el derecho comunitario, citada cláusula no resulta nula, siempre que el número de horas dedicadas a la atención continuada y sumadas a las 1.645 previstas contractualmente, no supere una jornada semanal media de 58 horas.

3. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Administrativos del Ministerio de Defensa y clasificación profesional en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración Central del Estado

La complejidad del establecimiento convencional de un sistema de clasificación profesional se aprecia en su máxima expresión en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración Central del Estado, cuya aplicación ha originado multitud de pronunciamientos judiciales. En particular, la aplicación de este Convenio es especialmente litigiosa en relación con el personal del Ministerio de Defensa, siendo exponentes de esta conflictividad la STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de septiembre de 2002, I.L. J 2979 (recurso de suplicación 1448/2002), que explicita el funcionamiento del antedicho sistema de clasificación profesional, y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de enero de 2003, I.L. J 100 (recurso de suplicación 469/2002).

Esta última sentencia confirma la estimatoria de instancia que ordena el encuadramiento de dos oficiales administrativos del Ministerio de Defensa en el grupo profesional 4º y no en el 5º, grupo este en el que fueron inicialmente encuadrados. Argumenta a tales efectos su fundamentación jurídica que la inclusión de estos trabajadores en el grupo profesional 5º no sólo constituye un incumplimiento de los arts. 16 y 17 del citado Convenio, sino también un acto discriminatorio en relación con administrativos de otros Ministerios incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio y encuadrados en el grupo 4º. Discriminación que contradice los propios actos de encuadramiento de los firmantes del Convenio en estos casos de referencia sin justificación objetiva; que desconoce la definición de la categoría profesional de los actores, definición que incorpora una exigencia y contenido funcional similar e incluso superior a estos otros supuestos; y que parte del mero dato formal de diferenciar dos supuestos, el primero, la inclusión en el Convenio colectivo de origen de la categoría de oficial administrativo sin más o únicamente de la categoría de oficial administrativo de primera, como sucede con la Secretaría de Estado de Comunicación y el entonces INSERSO, en cuyo caso su encuadramiento se realiza en el grupo 5º, el segundo, cuando este Convenio colectivo de origen incluye oficiales administrativos de primera y de segunda, encuadrándose aquéllos en el grupo 4º y éstos en el grupo 5º.

4. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad funcional del trabajador y titulación

La ostentación de las titulaciones académicas o profesionales exigidas para ejercer la prestación profesional es uno de los límites más importantes en materia de clasificación profesional y movilidad funcional en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se aprecia en el art. 39.1 ET. Es un requisito que responde a una cuestión de orden público y que, al limitar el derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio en los términos en que se reconoce en el art. 35.1 CE, admite matices y modulaciones.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Entre éstos, las SSTS de 20 de enero, 21 de febrero, 25 de marzo de 1994 y 21 de junio de 2000 y las SSTS de 24 de julio y 15 de noviembre de 2000, 4 de junio de 2001 y 25 de junio de 2002, I.L. J 1412, u.d., (recurso 3244/2001) reflejan las diferencias existentes entre la exigencia legal de titulación, en cuyo caso no cabe ni reconocimiento de nueva clasificación profesional ni retribución salarial acorde a las funciones realizadas, pues el trabajador ni tan siquiera está facultado para su desempeño, pudiendo incluso constituir un delito de intrusismo tipificado en el art. 403 CP, y la exigencia convencional, supuesto en que al menos se reconoce a los trabajadores el derecho a las retribuciones propias de la categoría correspondiente a sus nuevas funciones, pues no es un fin público el que requiere tal titulación sino “el diseño de mantener el nivel cultural y técnico que resulte más adecuado”, aunque no puedan consolidar ésta. Las SSTS de 8 de febrero, 18 de marzo y 29 de abril de 2003, u.d., I.L. J 334, 483 y 261 (recursos 2420, 2147 y 4076/2002), reiteran esta línea sobre una situación frecuente en la práctica, la prestación de funciones de Maestro-Educador por trabajadores que tienen reconocida la categoría inferior de Educador. Se trata en los tres casos de personal laboral del Principado de Asturias.

5. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Tutela del derecho a la libertad sindical. Movilidad geográfica débil –sin cambio de residencia–. Plazo de caducidad o prescripción

Las SSTS 16 de abril y 18 de marzo de 2003, I.L. J 259 y 478, examinan supuestos de órdenes empresariales que suponían una movilidad geográfica calificada como débil o no sustancial por cuanto no exigía cambio de residencia que es inherente al supuesto previsto en el art. 40 ET. Dicha sentencia recogiendo la dictada por dicho Alto Tribunal (27 de diciembre de 1999, recurso 2059/1999 y de 19 de diciembre de 2002, recurso 2269/2001) señala que “el traslado a centro de trabajo sito en población distinta de aquella en la que prestan servicios, implica en sí mismo un cambio de residencia, que por ello constituye un supuesto de movilidad geográfica incardinable en el art. 40 ET y su impugnación debe tramitarse por la modalidad específica regulada en el art. 138 LPL. Ahora bien, dicha regla no puede aplicarse de un modo automático y objetivo, de forma que obligue a considerar que todo traslado a población distinta implica un cambio de residencia, sino racionalmente atendidas las circunstancias concretas de cada caso. Y en éste, las especialísimas circunstancias (...) de trabajador que desde el inicio de su relación mantuvo su residencia habitual en población alejada de aquella en la que prestaba servicios, permite calificar la orden de que, después de un período de desarrollar su trabajo en otra localidad más próxima a su domicilio, volviera a su inicial puesto sin que ello ‘supusiera un cambio de residencia’, como una excepción a la regla general”. Así la sentencia analiza si está sometida tal decisión al plazo de caducidad, y conforme a la sentencia de dicha Sala de 27 de diciembre de 1999, sólo para los casos de movilidad geográfica del art. 40 ET y modificaciones sustanciales del art. 41 ET, por lo que “es claro que las acciones frente a los supuestos de movilidad geográfica no sustancial o débil no están sujetos a plazo de caducidad alguno y sí sólo al general de prescripción de 1 año que establece el art. 59.1 ET (...)”.

B) Banco. Cambio de destino. Indemnización de daños y perjuicios. Nulidad de actuaciones. El acoplamiento de una vacante en la misma plaza o próximas no implica ni la movilidad geográfica ni la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Caducidad. Inexistencia

La STSJ de La Rioja de 28 de enero de 2003, I.L. J 316, lleva a cabo una interpretación del art. 30 del XVIII Convenio Colectivo de la Banca privada a través del conflicto surgido por el acoplamiento de un trabajador dentro de una misma población y así señala la citada sentencia “que el acoplamiento a una vacante en la misma plaza o próximas conforme al art. 30 del Convenio, no implica ni la movilidad geográfica ni la modificación sustancial de condiciones de trabajo, tipificada respectivamente en los arts. 40 y 41 ET (...) Dicho de otra manera, cuando se trata de traslados o desplazamientos que no implican cambio de residencia, modificaciones no sustanciales de condiciones de trabajo, o basadas en causas no incardinables en los arts. 40 y 41 ET, la modalidad procesal no es la del art. 138 LPL, sino el proceso ordinario de los arts. 80 a 101 de la misma Ley, o la modalidad procesal que en su caso corresponda (impugnación de sanciones, tutela de los derechos de libertad sindical)”. Por ello accede al Recurso de Suplicación. Respecto a la caducidad, como quiera que señalada que la medida empresarial no tiene encaje en los presupuestos de los artículos 40 y 41 ET, a la acción ejercitada no la resulta de aplicación el plazo de caducidad de los 20 días, sino el plazo de prescripción de un año. El actor asimismo reclama una indemnización de daños y perjuicios que no cuantifica, por ello la sala lo rechaza toda vez el deber de éste de cuantificarlo y por tal declara la nulidad de la sentencia de instancia. Toda vez el no requerimiento de subsanación llevado a cabo por dicho Juzgado a quo.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Caducidad. Inexistencia. Cambio de horario. Aceptación previa del actor

El trabajador había suscrito contrato de trabajo en el que entre sus cláusulas se disponía “A tenor de las necesidades de la empresa, podrá prestar servicios en cualquiera de los horarios existentes o que pudieran implantarse, incluido el nocturno, fueran fijos o rotatorios (...)”, así la empresa comunicó verbalmente el cambio de horario siendo en turnos rotatorios. El trabajador remitió telegrama manifestando que causaría extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones del trabajo, no siendo entregado a la empresa. Ésta comunicó al trabajador requerimiento sobre justificación de las faltas de asistencia. La empresa acusó recibo de telegrama comunicando la aceptación de la baja voluntaria. La STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2003, I.L. J 105, conoce del recurso de suplicación formulado por el trabajador contra la sentencia de instancia que acogió la caducidad, y ésta señala que el plazo de caducidad de las acciones de modificación sustancial de condiciones de trabajo no es aplicable a las acciones encaminadas al ejercicio de lo dispuesto en el art. 50.a) ET (extinción por voluntad del trabajador basado en incumplimiento grave de las obligaciones del empresario) como la derivada del art. 41.3 ET (modificación sustancial aceptada por el trabajador y ejercicio de la rescisión con

V. Dinámica de la Relación Laboral

indemnización), sino que lo es el plazo de un año, art. 59, apdo. 1, ET. Asimismo entra en el fondo de la litis y señala: que el contrato ya estaba extinguido cuando presentó la demanda y, lógicamente cuando se dictó la sentencia, con lo que “en ningún caso podía haber declarado extinguido un contrato que ya lo estaba” y asimismo por la propia cláusula que contenía, ante las necesidades de la empresa, la alteración de los horarios, “y como consecuencia de dicha cláusula aceptada y suscrita por el demandante, la decisión empresarial de cambiar el horario que había venido realizando últimamente, no supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, dado que una de esas condiciones era la posibilidad de realizar cualquier horario”.

B) Modificación que no afecta al tiempo de trabajo, sino a las funciones laborales. Denegación desempleo

El trabajador instó prestación de desempleo después de haber extinguido el contrato de trabajo ante la modificación sustancial de condiciones de trabajo por haber sido cambiado de funciones administrativas a comerciales. Se le deniega la prestación por desempleo siendo estimada por el Juzgado de lo Social. La **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2003**, I.L. J 114, señala: “nos encontramos ante una cuestión eminentemente jurídica como es la de si el trabajador puede extinguir el contrato de trabajo vía el art. 41.3 del ET cuando la empresa le modifica sustancialmente el contrato en materia de funciones y de salario, pero que en principio no afectan a los apartados a), b) y c) del propio art. 41 del ET referidos a jornada de trabajo; horario y régimen de trabajo, en cuyo supuesto el art. 41.3 permite que si el trabajador resultase perjudicado por dicha medida, no valiendo la acusación de perjuicios que puedan calificarse como de leves, puede dar por resuelto su contrato de trabajo con derecho a obtener una indemnización de 20 días de salario por año de servicio (...) por lo que el resto de los casos, entre el que se encuentra el que ha dado origen a este procedimiento, el trabajador afectado puede optar entre aceptar la modificación propuesta por la empresa aviniéndose a las nuevas condiciones de trabajo, o bien impugnarla judicialmente para obtener una sentencia que la declare injustificada, o bien si la modificación va en contra de su formación profesional o afecta a su dignidad, dándose los supuestos del art. 50 del propio ET, solicitar la extinción indemnizada de su contrato por causa imputada a la empresa (...)”. En este supuesto no lo realizó el trabajador, “con lo que tratándose de una modificación que aun siendo claramente sustancial, no afectaba a tiempo de trabajo, sino a las funciones laborales resultando inaplicable el art. 41.e) ET, se está ante un cese en el trabajo que ha de reputarse a efectos legales como ‘voluntario’ no apto para la consecución de la prestación por desempleo”.

C) Reducción de comisiones. Novación contractual. Modificación de condiciones de trabajo. Prescripción

En la **STSJ de Madrid de 14 de enero de 2003**, I.L. J 269, conoce de supuesto de modificación de comisiones operadas hace aproximadamente 3 años, y en el análisis del supuesto recoge la doctrina del TS (de 18 de julio de 1997, 7 de abril de 1998 y 11 de mayo de 1999), destacando que “cuando no se cumplen las exigencias formales del art. 41, no puede entenderse que la medida se ajusta a lo establecido en dicho precepto,

siendo entonces el proceso ordinario el adecuado para reclamar tal medida, sin estar por tanto sujeto a la excepción de caducidad, y siendo recurrible en suplicación, la sentencia que se dicte en este proceso ordinario que no tiene ineludiblemente que declarar injustificada, la decisión empresarial, ya que pueden concurrir circunstancias justificativas de esta decisión”. Por tanto la sentencia entiende que tras transcurrir 3 años y tres meses, quedó probado, que el actor aceptó sin reservas la novación contractual de cambio de comisiones.

D) Ayuntamiento. Complemento de destino o puesto de trabajo. Modificación sustancial y modificación accidental de condiciones de trabajo. Diferencias

El conflicto suscitado deviene como consecuencia de la adjudicación por un Ayuntamiento del servicio de retirada de vehículos sucediéndose la empresa adjudicataria en los trabajadores de la grúa municipal. Posteriormente el Ayuntamiento acordó reincorporar a los trabajadores acordando que ocuparan los puestos de conductores en el servicio de jardines, mantenimiento y viabilidad. A los trabajadores se les abona el complemento correspondiente a tal servicio destinados y no el anterior correspondiente al servicio de grúa, reclamando las diferencias. La **STSJ de Cantabria de 29 de enero de 2003**, I.L. J 415, destaca “que el ordenamiento laboral establece dos tipos de modificación empresarial de las condiciones de trabajo: a) la modificación del art. 41 del ET que exige el cumplimiento de los trámites formales correspondientes y b) la modificación accidental derivada del *ius variandi* que compete a la empresa, inserta en sus facultades de dirección que no requieren el cumplimiento de tales exigencias siendo una de dichas modificaciones la funcional regulada en el art. 39, que no conlleva una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, aunque se debe de efectuar sin perjuicio de los derechos económicos del trabajador, habiendo sido interpretada dicha garantía por la jurisprudencia en el sentido de que la misma no implica la consolidación de los complementos del puesto de trabajo a que se refiere la norma citada (...) al tratarse de conceptos que por su propia función retributiva están ligados a un puesto de trabajo y dado que la garantía aludida se refiere a los derechos que de manera estable definen el *status* profesional del trabajador en la empresa y que corresponden a su categoría y a sus condiciones personales, sin que alcance a aquellas retribuciones como las que nos ocupa ligadas a las características de un determinado puesto de trabajo, no consolidables y que no se incorporan a ese *status* profesional, percibiéndose sólo cuando se desarrollan las actividades que dan lugar a las mismas (...)”. Por tanto al no mantenerse el destino generador del complemento se desestima el recurso.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: trabajadora con relación indefinida, sin fijeza de plantilla

La **STSJ de Aragón de 30 de enero de 2003**, I.L. J 88, analiza la situación de una trabajadora unida a la Universidad mediante una relación de duración indefinida, sin ser fija

V. Dinámica de la Relación Laboral

de plantilla, que solicita la excedencia voluntaria y le es denegada por no concurrir determinados requisitos que no son exigibles al personal fijo. La trabajadora impugna la decisión empresarial, considerando que tal previsión vulnera el principio de igualdad. La sentencia, después de analizar la naturaleza de la relación laboral, concluye señalando que “de aplicarse esta institución a los trabajadores indefinidos, se rompería la vinculación entre el trabajador indefinido y la concreta plaza que ocupan”.

B) Excedencia voluntaria: Reingreso. Indemnización por despido

La STS de 12 de marzo de 2003, u.d., I.L. J 229, desestima la pretensión empresarial para que la indemnización por despido, en un supuesto de negativa al reingreso desde la situación de excedencia voluntaria, se calculara con el salario percibido al momento de incorporarse a tal situación. La sentencia concluye que “Deberá ser la retribución que a partir de ese momento debiera percibir y no la que rigiera en el pasado la que deberá servir para establecer el montante indemnizatorio.

C) Excedencia voluntaria: Reingreso. Derecho a la plaza

La STSJ de Murcia de 17 de marzo de 2003 (recurso 289/2003), I.L. J 586, interpreta una cláusula de un Convenio Colectivo, del siguiente tenor “A los trabajadores que estén disfrutando de licencia o excedencia a la entrada en vigor del presente Convenio Colectivo, les será de aplicación el régimen jurídico vigente en el momento de la concesión de dicha licencia o excedencia”, entendiéndose que “Dicho precepto debe ser interpretado en el sentido de lo que se aplica es el contenido del derecho que ha nacido –la situación de excedencia– y los efectos jurídicos de la misma –esto es, la determinación de la excedencia en cuanto reconocimiento de derechos a efectos de antigüedad y promoción se consolidan durante la permanencia en esa situación laboral–, pero, en modo alguno, puede referirse a la situación de reingreso, ya que en ese punto no existe ningún derecho consolidado, sino meras expectativas que en ningún modo pueden incorporarse a una regulación de derecho intertemporal como sucede con toda disposición transitoria”.

D) Excedencia voluntaria. Reingreso. Solicitud extemporánea

La STSJ de Asturias de 14 de febrero de 2003 (recurso 3035/2002), I.L. J 739, afronta la cuestión referente a la determinación de si se ha producido o no un despido, en un caso de desestimación de la solicitud de reingreso. Afirma la sentencia que, concedida la excedencia por estudios por un período de 18 meses, la solicitud de reingreso se produjo 9 meses más tarde del vencimiento de dicho plazo, nos encontramos ante un supuesto de abandono del trabajador por propia iniciativa, dado que “la actora, sabiendo perfectamente que disfrutaba de una excedencia de año y medio, dejó pasar dos años y tres meses sin demostrar interés por su empleo.

8. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

A) Reclamación salarial: Trabajador fijo discontinuo

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 4 de febrero de 2003, I.L. J 171, analiza un supuesto de reclamación de cantidad de trabajadores fijos discontinuos, resolviendo que no existe derecho al salario al haberse producido un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, dada la naturaleza del objeto contractual, fabricación de azúcar de remolacha, en el que tanto el inicio de la prestación laboral como su interrupción o cese estaban condicionados por la duración de la campaña y así se hizo constar en los contratos individuales.

B) Suspensión del contrato: autorización. No se excluye a los miembros del Comité de Empresa

La STS de 22 de abril de 2003, Sala Tercera, I.L. J 205, establece en relación con los supuestos de autorizaciones de suspensión de las relaciones laborales y la afectación a los miembros del Comité de Empresa, que A) La mera suspensión de sus relaciones laborales no implica la de sus funciones representativas, que pueden seguir ejerciendo sin ningún inconveniente y B) La misma existencia de la prioridad legal que se les otorga en el mantenimiento de la relación laboral presupone conceptualmente la existencia de una pluralidad de trabajadores entre los que quepa ejercitar ese mismo derecho de preferencia. La sentencia concluye que no produciéndose la concurrencia de tal pluralidad, no cabe hacer aplicación de la prioridad recogida en el art. 68.b) ET.

C) Suspensión. Incapacidad permanente total

La STSJ de Andalucía (Granada) de 25 de marzo de 2003 (recurso 3081/2002), I.L. J 573, declara la extinción y no suspensión de un contrato de trabajo por declaración de incapacidad permanente total, por considerar que la mención a la posibilidad de revisión contenida en la resolución administrativa, “debe considerarse como una cláusula, llámese de estilo, que limita las facultades de Administración y asegurado, de instar la revisión de la invalidez declarada hasta tanto no transcurra determinado período de tiempo”.

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.

a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica. b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas.

3. El despido disciplinario. A) Las causas que lo motivan. B) El despido tácito.

4. Extinción del contrato por causas objetivas. A) Configuración y alcance de las causas. La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación.

5. El ejercicio de la acción y la modalidad procesal del despido. 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) La indemnización: cuantía y cálculo. b) Salarios de tramitación. **8. Calificación**

judicial del despido: Nulidad. Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido emanada del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en los números 1 a 4 del año 2003 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (Marginales J 1 a J 805).

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, atinentes 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 atención –con mayor o menor profusión o intensidad– en la

doctrina judicial. Se abordan después 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

A la extinción del contrato por causas consignadas válidamente en el contrato [art. 49.1.b) ET] se refieren resoluciones como la **STS de 11 de abril de 2003** (Sala Cuarta), I.L. J 511 (r.c.u.d. 1776/2002). Resuelve en unificación de doctrina la extinción del contrato de una profesora de religión y niega la existencia de despido, siendo de aplicación el Acuerdo sobre la Enseñanza y Asuntos Culturales de 3 de enero de 1979 y las normas y convenios que lo han desarrollado, para decidir que el contrato que vinculaba a las partes es de carácter temporal.

“El artículo III del Acuerdo dispone que ‘la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario Diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el Ordinario Diocesano comunicará los nombres de los profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza’. Los términos en que aparece redactado el artículo transcrito son tan claros que no parecen dejar lugar a dudas; de su interpretación puede extraerse una consecuencia: que la designación por la autoridad académica para impartir la enseñanza de la religión católica, entre las personas propuestas por el Ordinario Diocesano, es para cada año escolar, y no puede ser considerada como de duración indefinida. La Orden complementaria del Acuerdo, de 16 de julio de 1980, al tratar en su artículo 3.3 de los profesores, establece que ‘Al comienzo del curso escolar el Ordinario Diocesano y el Delegado Provincial de Educación, o los representantes de ambos, procederán, respectivamente, a la propuesta y designación de los profesores que hayan de impartir la enseñanza de la religión y moral católicas en todos los centros públicos de Educación Preescolar y Educación General Básica, tanto en su modalidad ordinaria como en las de Educación Especial y Educación Permanente de Adultos de sus circunscripciones’. La Ley Orgánica 1/1990, de 4 de octubre (de Ordenación General del Sistema Educativo), en su disposición adicional segunda establece que ‘la enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español’, precisando asimismo que ‘a tal fin y de conformidad con lo dispuesto en dicho Acuerdo, se incluirá la religión como área o materia de los niveles educativos que corresponda que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos’. (...) la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, añadió un nuevo párrafo a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, del siguiente tenor literal: ‘Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, imparten enseñanza de religión en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la presente Ley, lo harán en régi-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

men de contratación laboral, de duración determinada y coincidente con el curso escolar, a tiempo completo o parcial'. En el espíritu y en la letra de todas las normas transcritas late la idea de temporalidad de la relación de los profesores de religión católica, que se limita exclusivamente a la duración de cada curso escolar, y de ahí que la falta de inclusión en la propuesta del Ordinario para los cursos sucesivos, aunque el interesado hubiera impartido la enseñanza en los precedentes, no equivale a un despido, dada la peculiar naturaleza de la relación, cuya legitimidad hay que buscarla en el Tratado Internacional celebrado entre la Santa Sede y el Estado español el 3 de enero de 1979, y no en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, así es que las normas de la Ley estatutaria sobre el despido no resultan aquí aplicables. Partiendo de esa base hay que concluir afirmando que las reglas del Estatuto de los Trabajadores constituyen, a lo sumo, derecho supletorio para esta genuina relación laboral, aplicable en defecto de las que le son propias, y por eso mismo la causa que ha operado en este caso es la prevista en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, por la expiración del tiempo convenido.”

La **STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2003**, I.L. J 606 (recurso 5421/1999), estudia la extinción del contrato por realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1.c) ET], y niega la existencia de despido, ya que “no sólo no se evidencia dato alguno que pudiera conducir a la apreciación de fraude de ley en la contratación”, sino que resulta plenamente válida y eficaz.

La **dimisión** del trabajador prevista como causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.d) ET] se analiza en la **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2003**, I.L. J 115 (recurso 7559/2002). Califica la Sala como desistimiento y no como extinción un supuesto de falta de reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo tras el conocimiento de la denegación por la entidad gestora de la declaración de invalidez permanente. Para el Tribunal la no personación del trabajador en su puesto de trabajo, pese al requerimiento empresarial, comporta una clara voluntad del trabajador de no reanudar la relación laboral.

También estima la existencia de baja voluntaria la **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2003**, I.L. J 212 (recurso 7512/2002). En ella se enjuicia un supuesto en el que, tras un proceso de investigación, el empresario descubre a los trabajadores que han cometido diversos delitos de hurto y les conmina a firmar la baja voluntaria a fin de evitar otras actuaciones como la denuncia penal. La Sala estima la validez del finiquito de cada una de las trabajadoras.

Señala la Sala que:

“además de no constatarse la existencia de mal inminente injusto que pudiera haber condicionado la decisión del trabajador, nadie mejor que (las afectadas) para conocer y valorar la disyuntiva que se le ofrecía entre hacer pública su naturaleza y circunstancias o su voluntario cese sin expresión de causa, tomando, en consideración, tanto la consistencia de la acusación como propia realidad del hecho imputado para, así, decidir lo más conveniente a su interés”.

Y, así, habiendo optado aquéllas por resolver voluntariamente su relación de trabajo con la empresa (que, pacíficamente, descontó de la liquidación el estimado “valor de las sus-

tracciones”), debe ratificarse el pronunciamiento judicial contrario a su pretensión; que no puede verse afectada en su legitimidad por la inexigible presencia (al tiempo de suscribirse los finiquitos litigiosos de sus representantes.

Niega la existencia de despido la **STSJ de Galicia de 17 de enero de 2003**, I.L. J 383 (recurso 5832/2002), al haberse producido una baja voluntaria del trabajador, tras ser informado del conocimiento de la empresa de una sustracción de relojes.

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 570 (recurso 3000/2002), valora como desistimiento la no reincorporación del trabajador fijo-discontinuo a la empresa, ante un llamamiento expreso, aunque en otro centro de trabajo al haberse cerrado el último en que prestó sus servicios.

Determina la Sala que:

“habiéndole sido ofertada la posibilidad de iniciar la reanudación de la relación laboral, aun cuando en lugar distinto del que con anterioridad prestaba servicios, y en función equivalente, modificación que no puede considerarse ni como funcional ni geográfica, la actora debió reincorporarse a dicho puesto de trabajo, y en su caso, si tal modificación del puesto de trabajo, fuera acompañado de un cambio de horario o jornada de trabajo, ejercitar las acciones correspondientes, por lo cual, al no haberlo realizado así, la actitud de la demandante debe ser considerada como una dimisión voluntaria, máxime cuando al no haberse modificado los hechos probados, queda adverado que la actora ya había prestado servicios en la tienda existente en el Hotel Carmen.”

La **STSJ de Asturias de 14 de febrero de 2003**, I.L. J 739 (recurso 3035/2002), niega la existencia de despido en un supuesto en el que el trabajador solicita la reincorporación a su puesto de trabajo 9 meses más tarde del vencimiento de la excedencia por razón de estudios que había solicitado. Para la Sala, dado que la excedencia de la actora duró los dieciocho meses por los que fue concedida en su momento, la dilación de nueve meses en pedir el reingreso denota una intención dimisoria del trabajador.

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos

a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido, se observan diversas resoluciones que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, valorando en su caso los distintos requisitos necesarios para la existencia de una relación laboral. La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de marzo de 2003**, I.L. J 776 (recurso 2263/2002) analiza una relación laboral común seguida de otra de alta dirección. Confirma la sentencia de instancia y desestima la existencia de despido, declarando en su lugar que, extinguida la relación especial y percibida la correspondiente indemnización, se reanuda la relación laboral común.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“El artículo 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del personal de alta dirección establece que en los supuestos en que un trabajador vinculado a una empresa por una relación laboral común promocionase al ejercicio de actividades de alta dirección en esa misma empresa, se entenderá, salvo que expresamente se indique lo contrario, que la relación laboral común queda suspendida; teniendo derecho al extinguirse la relación laboral especial a reanudar la relación laboral común, sin perjuicio de las indemnizaciones a las que tenga derecho a resultas de dicha extinción de la relación especial. Ello es (...) lo que ha ocurrido en el supuesto (...) (ya que) fue promocionado a una relación especial como personal de alta dirección, pues como tal debe calificarse la realización de labores como capitán de un barco (en este sentido, SSTs. de 23 de septiembre de 1982, 30 de septiembre de 1986 y 3 de marzo de 1990), extinguiéndose posteriormente dicha relación especial por desistimiento del empresario, percibiendo el demandante la correspondiente indemnización y reanudándose la relación laboral común que había quedado suspendida. Lo anterior no puede quedar desvirtuado por el hecho de que no se formalizara por escrito la relación laboral especial de alta dirección, pues aunque el artículo 9.1 del referido Real Decreto 1382/1985 establece que deberá formalizarse por escrito el contrato en los supuestos de promoción interna a personal de alta dirección, dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 4.1 del Real Decreto, a tenor del cual aunque el contrato de personal de alta dirección deba formalizarse por escrito, se entenderá que el empleado es personal de alta dirección, aun en ausencia del pacto descrito, cuando se den los supuestos del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores y la prestación profesional se corresponda con la que define el artículo 1.2 del Real Decreto, lo que ocurría en el presente caso en que el actor realizó funciones de capitán de buque.”

b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas

La STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de enero de 2003, I.L. J 91 (recurso 2480/2002) analiza un supuesto de despido practicado en una notaría que es una unión de despachos y condena solidariamente a los notarios, uno de ellos jubilado y el otro en activo. La Sala estructura en cuatro los supuestos que pueden producirse en caso de condena solidaria de varias personas físicas y/o jurídicas como consecuencia de obligaciones derivadas de una relación laboral; encuadrándose para la Sala el supuesto planteado en el tercero de los supuestos, teniendo en cuenta que los dos Notarios, antes Corredores de Comercio, compartieron despacho, utilizando de forma conjunta e indiferenciada los medios materiales del mismo y los trabajadores.

Los cuatro supuestos son:

“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 equipararse 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 30 de junio de 1992.

En el primero de los casos, la solidaridad de las empresas y de sus administradores deriva ex artículo 6.4 del Código Civil, de la actuación fraudulenta de éstos que permite a los Tribunales, para dispensar la tutela efectiva consagrada en el artículo 24.1 de la Constitución, penetrar en el substrato de las sociedades, aun cuando todas ellas no tengan la condición de empresario, levantando su velo en protección de los derechos de quienes de otro modo resultarían perjudicados (STS de 25 de septiembre de 1989).

En el segundo supuesto, la solidaridad empresarial nace respecto de los trabajadores, ex artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, al existir una comunidad de bienes para la que en fin prestan aquéllos sus servicios, aunque aparentemente los realicen sólo para una empresa en cuya nómina figuran, siendo por tanto todos los empleadores y respondiendo solidariamente frente a sus empleados.

En el tercero de los supuestos, es necesario, para que exista solidaridad de las empresas del grupo respecto de los trabajadores, que los mismos presten sus servicios de forma indiferenciada, simultánea o sucesivamente, para todas, de manera que tal solidaridad nace igualmente del artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, al constituirse todas las empresas en receptoras de la prestación laboral y, por consiguiente, en empleadoras a la luz de dicho artículo”.

La **STS (Sala Cuarta) de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 456 (r.c.u.d. 2252/2002) declara la responsabilidad de la empresa de limpieza entrante, por la no subrogación de los trabajadores de la empresa de limpieza saliente, pese a que le había notificado la relación nominal de trabajadores afectados por el cambio de contrata. Recuerda en unificación de doctrina el criterio ya establecido según el cual “si la empresa saliente no cumplimenta los deberes que le impone el Convenio colectivo, no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante. La protección de los trabajadores concernidos se consigue mediante el mantenimiento de su contrato con la empresa donde prestaban sus servicios hasta el momento; esto es, no hay sucesión en las relaciones de trabajo, pero éstas continúan en el empresario saliente, quien no puede alegar, como causa extintiva, el mero hecho de la terminación de la contrata; con lo que, o sigue procurando empleo a esos trabajadores, o prescinde de los mismos mediante la indemnización fijada por la Ley.” Señala el Alto Tribunal que la transferencia como fruto únicamente de una específica previsión contenida en el Convenio Colectivo aplicable, sólo tendrá lugar “cuando el empresario salien-

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

te cumplimenta de manera suficiente los deberes que la norma paccionada colectiva le impone, en orden a informar sobre las circunstancias de los trabajadores afectados y a justificar cumplidamente que se ha atendido, hasta el momento, las obligaciones dinerarias que derivan del contrato de trabajo y de la relación de seguridad social, en materia de cotización”. Para la Sala, el empresario saliente cumplimenta de manera suficiente los deberes que el convenio colectivo le impone, en orden a informar sobre las circunstancias de los trabajadores afectados, por lo que opera la subrogación de la empresa entrante.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

A) Las causas que lo motivan

A las ofensas verbales dirigidas al gerente de una empresa se refiere la **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de enero de 2003**, I.L. J 91 (recurso 2480/2002). El Tribunal confirma la sentencia de instancia, y la procedencia del despido disciplinario, con expresiones como “eres un ladrón, un sinvergüenza, un negrero”, que iba a obligar al gerente a despedirlo, o amenazar de muerte al gerente si no le pagaba la nómina, así como amenazar con quemar el Centro de Trabajo. Analiza también la sentencia la prejudicialidad penal y recoge el criterio del Tribunal Constitucional de la no extrapolación “sin más” del principio de la presunción de inocencia al campo del proceso laboral, así como la vinculación de los hechos que expresamente se declaran probados en un proceso penal, en relación con la existencia o inexistencia de ellos. En el supuesto analizado, la sentencia penal previa fue absolutoria al no quedar probados en dicha vía los hechos, con motivo de la incomparecencia del denunciante y del testigo propuesto por la acusación, lo que para la Sala “no obsta a que en la vía laboral, tales acontecimientos fácticos puedan quedar debidamente acreditados”.

A la **trasgresión de la buena fe contractual**, motivada por una concurrencia desleal con el empresario y que justifica la máxima sanción se refiere la **STSJ de Navarra de 28 de febrero de 2003** I.L. J 160 (recurso 34/2003). Recuerda la Sala que en la relación de trabajo deben cumplirse unas obligaciones, que se traducen en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; y sintetiza la doctrina del Tribunal Supremo respecto a la trasgresión de la buena fe contractual:

“A) La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinagmática genera derechos y deberes recíprocos: el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta totalmente contraria a la que habitualmente ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad (Sentencia de 26 enero 1987, con cita de las de 21 enero y 22 mayo 1986). B) La buena fe, como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y el fiel cumplimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico. Así el Título Preliminar del Código Civil precisa que ‘los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe’ (artículo 7.1), pone coto al fraude de Ley (artículo 6.4) y niega amparo al abuso

de derecho o al ejercicio antisocial del mismo (artículo 7.2). También el Estatuto de los Trabajadores la ha incluido en sus preceptos; somete las prestaciones recíprocas de empresarios y trabajadores a sus exigencias (artículo 20.2) y faculta, para la extinción del contrato, al empleado si se le modifican las condiciones de trabajo substancialmente y de tal suerte que se perjudique su formación o se menoscabe su dignidad [artículo 50.1.a)] y al empleador cuando la conducta de aquél comporte trasgresión de la buena fe contractual (Sentencia de 25 de febrero de 1984, con cita de la de 10 de mayo de 1983). C) Es requisito básico que ha de concurrir para configurar la deslealtad que el trabajador cometa el acto con plena conciencia de que su conducta afecta al elemento espiritual del contrato, consistiendo dicha deslealtad en la eliminación voluntaria de los valores éticos que deben inspirar al trabajador en el cumplimiento de los deberes básicos que el nexo laboral le impone (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 y 25 de febrero y 26 de septiembre de 1984). También consiste en usar con exceso el empleo de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeña, rebasando los límites que el cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o en el de un tercero, que no sea, naturalmente, acreedor directo de las prestaciones empresariales (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1984 con cita de la de 30 de enero de 1981, entre otras). D) La falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1986) porque, como señala la Sentencia de 30 de octubre de 1989, y recuerda la de 26 de febrero de 1991, el daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa es uno de los factores a considerar en la ponderación del requisito de gravedad de la misma, requisito exigible en la aplicación del artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, por el juego de la interpretación sistemática que obliga a tener en cuenta en esta causa de despido la cláusula general del artículo 54.1, pero no es el único elemento a tener en cuenta para establecer el alcance disciplinario del incumplimiento del trabajador, pues pueden jugar otros criterios, como la situación objetiva de riesgo creada, la concurrencia de abuso de confianza en el desempeño del trabajo o el efecto pernicioso para la organización productiva. E) No exonera de responsabilidad ni la auto inculpación (Sentencia de 21 de septiembre de 1984), ni el hecho del reintegro posterior de la cantidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1980 y 9 de mayo de 1988), ya que la obligación de resarcir los perjuicios causados a la empresa es compatible con la rescisión del vínculo laboral. También declara la mencionada doctrina jurisprudencial, que en ese incumplimiento se puede incurrir tanto de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y conocimiento consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador por quien lo ha empleado, como por negligencia o descuido imputable al mismo; se impone, pues, una diligencia y lealtad exigible con mayor rigor, de acuerdo con la responsabilidad del cargo desempeñado y la confianza depositada en quien lo ocupa (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo y 9 de diciembre de 1986). Así, pues, el art. 54.2.d), contiene la causa extintiva del contrato de trabajo, aplicada en la instancia, y autoriza el empresario a poner término al contrato de trabajo, fundado en incumplimiento grave y culpable, en el que se incide por el trabajador, y entre estos incumplimientos está configurada la trans-

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

gresión de la buena fe contractual, y se transgrede ésta cuando se falta a los deberes de lealtad y fidelidad a la empresa a la que se prestan servicios, y así está aceptado por la doctrina Jurisprudencial –SSTS de 30 de enero de 1981, de 1 de julio y 28 de septiembre de 1982–, y en los que se aceptó la vulneración de la buena fe contractual, que debe primar en un contrato de naturaleza sinalagmática como es el de trabajo, donde los derechos y deberes del trabajador emanados del mismo están en plano de conmutatividad e igualdad con los del empresario.”

La STSJ de La Rioja de 25 de febrero de 2003, I.L. J 564 (recurso 34/2003), confirma la procedencia del despido de una trabajadora por competencia desleal, que constituye junto con otros dos socios una sociedad cuyo objeto social coincide plenamente con el de la empresa en la que presta sus servicios por cuenta ajena.

B) El despido tácito

Falla en favor de la existencia de despido tácito la STSJ de Navarra de 24 de febrero de 2003, I.L. J 161 (recurso 38/2003), que confirma la calificación de despido improcedente para el practicado al trabajador. Resume la Sala que la voluntad negocial puede manifestarse, de dos formas: una expresa y otra tácita:

“Hay declaración expresa cuando se utilizan signos, por lo común escritos u orales, encaminados a lograr la percepción de que se habló. Hay declaración tácita cuando su autor no utiliza esos signos explícitos, sino que lleva a cabo un comportamiento o conducta de los que se infiere inequívocamente su voluntad; se habla de declaración tácita, porque no resulta de lo dicho, sino de lo hecho (‘facta concludentia’) (...) La Jurisprudencia civil ha admitido desde hace mucho tiempo el juego negocial de las declaraciones de voluntad tácitas, aunque con las cautelas adecuadas; en particular, la de que tal voluntad se deduzca de ‘datos inequívocos’ (STS de 5 de diciembre de 1964); o la de que el comportamiento del interesado consista en actos u omisiones, de cuya naturaleza o circunstancias ‘se derive lógica y rigurosamente el consentimiento de la persona que los ha ejecutado’ (STS de 30 de noviembre de 1953); o lo que es lo mismo: que sean ‘actos de positivo valor, demostrativo inequívocamente de una voluntad determinada’ (STS de 30 de noviembre de 1957). Añadiendo que: ‘En el contrato de trabajo es válido todo lo que se acaba de decir’. Y puede hacer aparición la declaración de voluntad tácita en cualquiera de sus fases principales: nacimiento, desarrollo, extinción.’ (...) ‘La dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prolongado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono (...), materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que, y éste sería el significado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato.”

La STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2003, I.L. J 360 (recurso 7883/2002), valora como despido tácito, la falta de llamamiento de una trabajadora fija discontinua indefinida y concreta el importe de la indemnización en base a todo el tiempo trabajado.

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 STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2003, I.L. J 110 (recurso 7208/2002) declara la improcedencia de la extinción contractual por causas objetivas en un supuesto en el que las funciones informáticas que desempeñaba el trabajador pasan a ser desempeñadas por otra trabajadora. El despido se basaba en la necesidad de “poner al día y modernizar la empresa en sus diversas áreas, intentando recuperar el retraso informático existente”, y planteaba la empresa la adquisición de programas para el área de gestión y para la oficina técnica, por lo que aparentemente se creaba un vacío de las funciones del trabajador.

Para la Sala:

“no se trata (...) de la instalación de un nuevo sistema informático que antes no existía, sino de una adaptación y modernización del ya existente, de cuya gestión y control se encargaba el actor, pero tal proceso de modernización no significa por sí solo que el puesto de trabajo del actor haya quedado sin contenido, (...), pues se ha de tener en cuenta que tras su despido las funciones que desempeñaba han pasado a ser realizadas por otra trabajadora, lo que convierte a la medida adoptada por la empresa en injustificada.”

También confirma la improcedencia de los despidos por causas objetivas la STSJ de Madrid de 14 de enero de 2003, I.L. J 271 (recurso 3489/2002), al no justificar la empresa la medida extintiva de los puestos de trabajo. Considera la Sala que “no se obtiene dato alguno para concluir que la empresa haya perdido un porcentaje de pedidos suficientemente importante como para justificar la medida de extinguir los puestos de trabajo”.

Por ello concluye el Tribunal a favor de la improcedencia, dado que “la causa aducida por la empresa es productiva y que no se ha acreditado la situación de desajuste entre la fuerza del trabajo y las necesidades de producción.”

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La STSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2003, I.L. J 352 (recurso 7207/2002), confirma la declaración de nulidad de un despido objetivo en que el empresario no ha cumplido con la puesta a disposición de la indemnización al trabajador.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“En todo caso, lo que resulta insoslayable es que tal puesta a disposición responda a una realidad y no a una mera alegación en la carta, siendo definitorio para distinguir lo uno de lo otro el que el trabajador pueda, sin más requisito posterior que su personal decisión, hacer efectiva la suma dineraria, lo que es tanto como predicar la necesidad de que su percepción no quede condicionada a ninguna otra finalidad distinta de la mera y simple firma que acredite el recibo de la cantidad’ (...) no puede considerarse cumplido aquel legal requisito cuando no se ingresa ‘la en la cuenta corriente del demandante (...) pese a que el actor notificó (al empresario) notarialmente cuál era el número de su cuenta en la entidad bancaria (...)’ (STS de 29 de abril de 1988); la simple oferta nominal, sin siquiera abonarse al actor el salario que se le adeudaba (sentencia de la Sala de 19 de julio de 1994); el abono sometido a plazos (sentencia de la Sala de 14 de julio de 1995) o el impago de la indemnización pese al requerimiento insistente incluso en el SMAC (STSJ de Murcia de 28 de julio de 1995). En el presente supuesto (...) falta la efectividad de la disposición indemnizatoria ofertada por quien, no acreditando la posibilidad de su material realización al tiempo de la comunicación litigiosa (...), no extendió su ‘actuación positiva’ al pago de la insatisfecha indemnización.”

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

La caducidad del despido es estimada por la STSJ de Andalucía (Málaga) de 13 de febrero de 2003, I.L. J 761 (recurso 153/2003), al haberse ejercitado la acción trascurrido el plazo de veinte días que, como plazo de caducidad, señalan los artículos 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de abril de 2003, I.L. J 785 (recurso 3148/2002), aprecia, asimismo, la caducidad de la acción por extemporánea, al haberse planteado reclamación previa a la vía judicial y haber dejado extinguir el plazo.

La Sentencia señala que “la extemporánea resolución de la reclamación previa no puede revivir el plazo de la acción ya fenecido.”

Por el contrario, no estima la excepción de caducidad la STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de febrero de 2003, I.L. J 318 (recurso 55/2003), que determina la fecha en la que se inicia el plazo para ejercitar la acción cuando la comunicación del cese fija una fecha posterior para su efectividad, con lo que el plazo comenzaría a contar desde la fecha de finalización del contrato, al ser esta posterior a la de comunicación.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La STSJ de Murcia de 3 de febrero de 2003, I.L. J 318 (recurso 55/2003) falla a favor de la procedencia de unos despidos por trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza de unas trabajadoras cuyas conductas se evidencian ante el empresario mediante de un sistema de video instalado en el acceso a los servicios de la empresa. Se

valora en la sentencia la prueba videográfica, que para la Sala no atenta contra el derecho al honor, ni a la intimidad personal, u otro similar. Avala el Tribunal la tesis de la utilización del referido medio de prueba encaminado exclusivamente a acreditar unos hechos indispensables para sustentar el despido de unas trabajadoras y alude al criterio jurisprudencial del TS y del TC (170/1997, 202/1999, 98/2000 o 186/2000) en torno al uso lícito “dentro del marco organizativo y de dirección de una empresa, cuyo control de los trabajadores o meramente de seguridad pasa por la instalación de las mismas.”

Considera, asimismo, la existencia de trasgresión de la buena fe contractual, y revoca la sentencia de instancia, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de enero de 2003**, I.L. J 406 (recurso 1375/2002), en un supuesto en el que el trabajador falsifica una factura de la empresa.

Para la Sala:

“es indiferente para tal calificación el hecho de que los posteriores recibos y facturas los emitieran a nombre de la empresa demandada y que el producto de la venta fuera ingresado en la caja de aquélla (no se ha imputado apropiación del precio de venta); pues al actuar así el trabajador quebranta la confianza depositada en él por la empresa, al desviar a clientes de ésta a otra empresa mayorista y proveedora de aquélla; y al fijar por sí mismo el precio final de la venta, sin intervención de la empresa para la que trabaja; por lo que el despido debe calificarse de procedente.”

La **STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2003**, I.L. J 699 (recurso 181/2003), declara la procedencia del despido de una abogada que presta servicios por cuenta ajena como Directora del Departamento jurídico y que además desarrolla el ejercicio libre de la profesión. Ésta durante un proceso de incapacidad temporal, acudió a su bufete de abogados y desempeñó la actividad propia de abogada, atendiendo personalmente las consultas.

Respecto de la procedencia de despidos disciplinarios y las causas que lo justifican *vid. supra* [Crónica VI.3.A)].

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

A la falta de acreditación de la causa de temporalidad se refiere la **STS (Sala Cuarta) de 20 de enero de 2003**, I.L. J 5 (r.c.u.d.323/2002), que califica de relación laboral un contrato formalizado bajo la modalidad de arrendamiento de servicios, matizando, no obstante, que pese a ello, no se puede deducir “que todas las cláusulas que se celebraron sean nulas, sino que han de ser consideradas como tales sólo las incompatibles con su índole de contrato de trabajo”. Por lo que a la temporalidad se refiere, recuerda el Tribunal que la temporalidad necesita siempre de una causa legal que la justifique.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Señala que:

“sobre el demandado recaía la carga de probar que concurría alguna de las causas que justificasen la temporalidad en el contrato que ha resultado ser de trabajo, lo que ni siquiera ha intentado. Y por otra parte, ni de la índole de los trabajos contratados ni de los términos del contrato se deduce que concurriera alguna causa de temporalidad, sino más bien al contrario a tenor de la cláusula novena que previene la prórroga del contrato por la sola voluntad de las partes.”

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 28 de enero de 2003**, I.L. J 94 (recurso 2760/2002) analiza un contrato de obra o servicio cuya extinción considera improcedente. Recuerda la Sala que:

“sólo puede acudir a este tipo de contratos cuando la obra o servicio tenga autonomía o sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa, pero no cuando se trate de la realización habitual y ordinaria de las tareas que constituyen la actividad empresarial”.

En el supuesto, el origen del contrato tenía por objeto la realización de un servicio de tal carácter permanente, por lo que la Sala valora fraudulenta la contratación, y con ello indefinida la primitiva relación laboral.

Concluye el Tribunal:

“que la formula empleada y sobre la que se basa el recurso no identifica ‘locativamente’ ni ‘objetivamente’ la actividad precisa y que posibilita a la empresa a acudir a éste tipo de contratación temporal. De entenderse de otra forma, la naturaleza y finalidad de ésta modalidad contractual, quedaría rota, vacía e imprecisa lo que es contrario a la norma en que se ampara y regula.”

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 2003**, I.L. J 408 (recurso 1544/2002), declara la improcedencia del despido de una Auxiliar Técnico Educativo contratada por obra o servicio por la Consejería de Educación, siendo el objeto del contrato la atención y cuidado de alumnos con necesidades educativas especiales. Considera el Tribunal que “el desempeño de tal actividad (...) no constituye la actuación excepcional, limitada en el tiempo y sujeta a incertidumbre, que viabiliza este tipo de contrato de trabajo de duración determinada.” Por lo que la relación debe ser considerada como laboral indefinida y no fija de plantilla.

A la **falta de llamamiento** de una trabajadora fija-discontinua alude la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de enero de 2003**, I.L. J 130 (recurso 2891/2002). La Sala revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia de la extinción motivada por la falta de llamamiento con antelación suficiente al inicio de la actividad tal y como contempla el Convenio Colectivo aplicable.

Al **acoso sexual** alude la **STSJ de Madrid de 28 de enero de 2003**, I.L. J 287 (recurso 4319/2002). La sentencia declara la improcedencia de la extinción por entender que no

se dan los elementos definidores del acoso sexual, citando la clarificadora Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1999, en la que se define el concepto de “acoso sexual en el trabajo”. Señala también que:

“para que exista un acoso sexual ambiental constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto (...) la prohibición del acoso no pretende en absoluto un medio laboral aséptico y totalmente ajeno a tal dimensión de la persona, sino exclusivamente eliminar aquellas conductas que generen, objetivamente, y no sólo para la acosada, un ambiente en el trabajo hosco e incómodo (...) la práctica judicial de otros países pone de manifiesto que ese carácter hostil no puede depender tan sólo de la sensibilidad de la víctima de la agresión libidinosa, aun cuando sea muy de tener en cuenta, sino que debe ser ponderado objetivamente, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes en cada caso, como la intensidad de la conducta, su reiteración, si se han producido contactos corporales humillantes o sólo un amago o quedó en licencias o excesos verbales y si el comportamiento ha afectado al cumplimiento de la prestación laboral, siendo por otra parte relevantes los efectos sobre el equilibrio psicológico de la víctima para determinar si encontró opresivo el ambiente en el trabajo.”

Para la Sala en el supuesto analizado:

“no se dan los elementos definidores del acoso sexual, por cuanto la conducta descrita (...), si bien puede percibirse subjetivamente como indeseado e indeseable por sus víctimas o destinatarias, no revela contactos corporales humillantes, ni notorios excesos verbales, ni el fin es lo suficientemente grave, tras una ponderación objetiva, atendiendo al conjunto de las circunstancias concurrentes acreditadas en el presente supuesto, por su intensidad, reiteración y efectos, en el entorno laboral a que se circunscribe.”

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de enero de 2003**, I.L. J 399 (recurso 1782/2002), confirma la improcedencia de la extinción en un supuesto en el que se producen incumplimientos de **exigencias formales** en la carta de despido y en el que la empresa no acredita los hechos en que se basa.

“la omisión de algún requisito formal exigible para decretar el despido de un trabajador, y la mera obligación de comunicar el despido de un trabajador a la representación de los trabajadores lo es, no implica que dicho despido deba calificarse nulo sino improcedente.”

La **STSJ de Cataluña de 29 de abril de 2003**, I.L. J 715 (recurso 933/2003), confirma la improcedencia del despido, por incumplimiento de las precisiones formales que una carta de despido debe contener.

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

La STSJ de Extremadura de 8 de enero de 2003, I.L. J 418 (recurso 607/2002), declara la improcedencia de la extinción producida con motivo de la declaración de incapacidad permanente total, ya que ésta no tiene un carácter firme, lo que conlleva la suspensión del contrato de trabajo.

La STSJ de Cataluña de 21 de marzo de 2003, I.L. J 656 (recurso 8240/2002), declara la improcedencia del despido de una empleada del hogar, que es despedida verbalmente, sin poner a disposición ni cumplimentar preaviso alguno.

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2003, I.L. J 109 (recurso 6923/2002), versa sobre una ejecución de sentencia que declara la improcedencia del despido practicado por la empresa Correos y Telégrafos. Alude la sentencia al criterio jurisprudencial en torno a la calificación de la condición de indefinido, no “fijo” de plantilla, cuando se trata de un ente público

Para la Sala:

“el hecho de que la empresa demandada no sea ya un ente público no convierte al trabajador demandante en ‘fijo’, por el hecho de haber existido irregularidades en su contratación, sino que su relación laboral pasa a ser de carácter indefinido. Por otra parte, (...) la demandada sigue contando con trabajadores a quienes se respetan sus derechos como funcionarios, es decir, la composición en cuanto a trabajadores, no ha variado, por el momento en aquella, por lo que si la norma pactada no ha modificado su contenido en atención a la nueva consideración empresarial, la interpretación de la misma, mientras la negociación colectiva no disponga otra cosa, debe ser idéntica a la mantenida por el Tribunal Supremo ya que nos encontramos en el mismo supuesto de hecho, que la privatización de la demandada, de momento, no ha modificado.”

La STS (Sala Cuarta) de 28 de abril de 2003, I.L. J 527 (r.c.u.d. 4473/1997), resuelve en unificación de doctrina la interpretación sobre el derecho de opción de delegados sindicales previamente destituidos, reconociendo a éstos el derecho de opción en caso de despido improcedente, conforme al criterio del Tribunal Constitucional establecido en su Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2002.

“(...) el supuesto de revocación del mandato de los representantes unitarios ‘no puede razonablemente hacerse equivaler, sin más, a la de destitución o cese de los delegados sindicales, puesto que con respecto a éstos y al no ser electivo su cargo, ni hallarse sujeto a término o a la duración de un plazo preestablecido, cualquier cese dispuesto por la sección sindical en la empresa –fuere cual fuere su motivación– siempre se entendería como un acuerdo de carácter sancionador o de censura, privando en todos los casos de la oportuna garantía de indemnidad a aquel delegado que simplemente fuera sustituido en el cargo por otro’. Hemos, por todo ello, de concluir que la interpretación mantenida de hacer equivaler toda destitución a la revocación del mandato, produce un notable desequilibrio en el régimen de garantías que tienen atribuidas las representaciones sindicales en el seno de la

empresa y, especialmente, los Delegados Sindicales, desequilibrio contrario a lo establecido por nuestra Constitución y las normas internacionales aplicables en esta materia.”

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 7 de febrero de 2003, I.L. J 758 (recurso 2113/2002), declara la existencia de una readmisión irregular, al haberse realizado un ofrecimiento tardío de la voluntad empresarial de readmisión. El artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral establece un plazo de diez días, desde la notificación de la sentencia, para que el empresario, que opte por la readmisión y comunique al trabajador por escrito la fecha en que esta debe tener lugar. Readmisión, que debe llevarse a cabo en los tres días siguientes a la recepción del escrito.

Alude la Sala a la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de noviembre de 1998), en el sentido de que:

“si el empresario incumple esta obligación o la cumple tardíamente, la readmisión es irregular y puede solicitarse la ejecución en los términos previstos en el artículo 277 de la Ley de Procedimiento Laboral. (...) la iniciativa del empresario para readmitir tiene que tener una duración temporal limitada en el tiempo, pues, en otro caso, se prolongaría lo antijurídico que supone el acto ilícito del despido improcedente en perjuicio de los derechos del trabajador, de tal manera que el ejercicio regular del deber de readmisión viene condicionado al cumplimiento de los requisitos formales (comunicación por escrito) y temporales (comunicación dentro del plazo establecido) establecidos en el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral, ya que si no se cumplen los mismos se abre la vía señalada en el artículo 277.1.b) del texto procesal. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2001 ha declarado que el día inicial para el cómputo del plazo para la readmisión del artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral debe ser el de la notificación de la sentencia a la empresa, pues así lo establece literalmente el citado precepto y la solución legal se ajusta al principio de celeridad que debe regir en estos supuestos.”

a) La indemnización: cuantía y cálculo

A la indemnización correspondiente en un supuesto de declaración de improcedencia de la extinción del contrato, con motivo en la negativa al reingreso tras un período de excedencia voluntaria existiendo vacante en el momento de la petición de reingreso, se refiere la STS (Sala Cuarta) de 12 de marzo de 2003, I.L. J 229 (r.c.u.d. 2757/2002), el Tribunal determina, en unificación de doctrina, que el cómputo de la indemnización debe hacerse “según la retribución que a partir de ese momento debiera percibir y no la que rigiera en el pasado”.

A la indemnización por despido improcedente de un trabajador con contrato temporal que vence antes de la declaración judicial de improcedencia se refiere la STSJ de Extremadura de 23 de enero de 2003, I.L. J 423 (recurso 633/2002). Determina la Sala la aplicación del artículo 1134 del Código Civil y con ello la obligación del empresario

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

de abonar los salarios hasta la finalización del término pactado. En la misma línea se manifiesta la STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de enero de 2003, I.L. J 729 (recurso 2166/2002).

La STS (Sala Cuarta) de 17 de marzo de 2003, I.L. J 472 (r.c.u.d. 907/2002), resuelve en unificación de doctrina un supuesto en el que el trabajador y la empresa celebraron acto de conciliación, reconociendo el empresario en ese acto “la improcedencia del despido optando por una indemnización de 385.523 ptas. (superior a 35 días), más 462.200 ptas. en concepto de salarios de tramitación, saldo y finiquito”; pago respecto del cual la Dirección Provincial de Trabajo, denegó la solicitud del trabajador de subrogación de créditos por parte del Fondo de Garantía Salarial por los siguientes motivos: a) las cantidades solicitadas en concepto de indemnización fueron pactadas en el acto de conciliación y no concurre el requisito necesario de que estén reconocidos en sentencia o resolución de la autoridad laboral, o resolución judicial complementaria de ésta, y b) respecto a los salarios de tramitación, porque, de una parte según la responsabilidad subsidiaria establecida por el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores “éstos deberán ser acreditados por la jurisdicción competente”, y porque “al no especificar, ni desglosar en el título ejecutivo los importes y conceptos que solicitan como adeudados (...) es inadmisibles el desplazamiento de su responsabilidad al Fondo de Garantía Salarial”. La decisión que fue recurrida ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, que estimó la pretensión del trabajador, se revoca en esta sentencia, no considerando aplicable la jurisprudencia del TJCE en materia de Derecho Comunitario, ya que la cuestión prejudicial que le fue planteada al TJCE, se refería específicamente a la conciliación celebrada a la presencia judicial, con lo que llega a la conclusión de que la doctrina que sentó la citada Sentencia del Tribunal comunitario en el supuesto del que conoció no es susceptible de extenderse al que aquí nos ocupa, y absuelve al FOGASA por las siguientes razones:

“1.-A través de toda la fundamentación de la Sentencia del TJCE se pone de manifiesto que el único supuesto que dicha resolución contempló, y sobre el que específicamente razonó y en definitiva decidió, fue el relativo a la conciliación llevada a cabo a la presencia judicial, como no podía ser de otro modo, por razones de congruencia con el planteamiento de la cuestión. 2.- Aparte de que en diversos pasajes de la Sentencia del Tribunal comunitario se hace alusión a que la intervención judicial, a cuya presencia se adopta el pacto, aleja la posibilidad de fraude, se encuentra un apoyo más concreto de la decisión en el apartado 37, al señalar que además, los fundamentos de derecho del auto de remisión muestran que la conciliación, cuando se celebra con arreglo al art. 84 de la LPL, está estrictamente controlada por el órgano jurisdiccional que debe aprobarla. 3.- La anterior ‘ratio decidendi’ no es predicable en modo alguno respecto de la conciliación previa a la vía judicial, tal como aparece disciplinada en los arts. 63 al 68 de la LPL, pues ésta se lleva a cabo ante un funcionario del Servicio administrativo correspondiente, quien carece de toda facultad de control sobre el contenido de lo acordado por parte de los conciliados, así como de competencia para aprobar o desaprobar lo pactado, sin que tampoco en esta vía administrativa esté legalmente prevista la posibilidad de aprobación o desaprobación por parte de ningún órgano jurisdiccional. En definitiva, partiendo de la base de que la doctrina de la Sentencia del TJCE (...) no es posible extenderla a uno de los supuestos aquí enjuiciados sobre sala-

rios de tramitación, así como que la contenida en las Sentencias de esta Sala (...) ha recaído en interpretación del art. 33.1 del ET, en su redacción anterior a la Ley 45/2002, de 12 de diciembre (aplicable también al presente caso por razón de temporalidad), hemos de llegar a la conclusión de que no existe razón para dejar de aplicar al presente supuesto nuestra aludida doctrina, porque así lo imponen elementales razones de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española), y también por ser ello acorde con la naturaleza y finalidad del recurso de casación unificadora. (...) Respecto a la responsabilidad subsidiaria en el concepto de ‘saldo y finiquito’, también es de resaltar como sentó la sentencia antes citada de esta Sala de 17 de enero de 2000, dictada en un asunto sustancialmente igual al presente en el que el trabajador interpuso frente al empleador y FOGASA, demanda en reclamación de una prestación por el ‘concepto de salarios’ en cuantía de 477.316 pesetas; cifra que viene a representar aproximadamente la retribución real correspondiente a los 120 días de que habla el precepto estatutario que el título de que dispone el trabajador, que es una conciliación judicial, no establece una deuda estrictamente salarial, sino que concreta una cantidad global por el concepto de ‘salarios de tramitación, saldo y finiquito’. No especificando lo que pudiera tener naturaleza retributiva, ni producida justificación alguna en tal sentido, que sin duda correspondía al interesado, su pretensión no puede prosperar, por ausencia de los presupuestos legalmente exigidos’. Doctrina plenamente aplicable al caso litigioso, en el que, también se acordó en conciliación que el empleador abonara la suma de ‘462.200 ptas., en concepto de salarios de tramitación, saldo y finiquito, sin que en tal acto se hiciera especificación concreta alguna sobre cada uno de los conceptos mencionados.”

Al cálculo de intereses alude la **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de febrero de 2003**, I.L. J 553 (recurso 1719/2001), que estima la obligación de pago de éstos con motivo del incumplimiento previo del empresario de abonar la cantidad líquida a la que se condenaba en sentencia; devengando un interés a favor del acreedor igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos. Recuerda la Sala las abundantes resoluciones del TS estableciendo la exigibilidad del pago de intereses, tales como su Sentencia de 11 de febrero de 1997, según la cual: “Los intereses procesales nacen *ope legis*, sin necesidad de petición ni incluso de expresa condena para su exigibilidad, la que surge de forma automática desde que se concreta en la decisión judicial la cuantía líquida debitada para formar fallo condenatorio de su obligado pago (...)”

b) Salarios de tramitación

La **STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003**, I.L. J 279 (recurso 4347/2002), analiza la diferencia entre el importe por salarios de tramitación ofrecido, y el consignado ante el Juzgado en el plazo de 48 horas, correspondiente a la retención a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y pago de aportaciones a la seguridad social. Para la Sala, la consignación es correcta al encontrarse justificada la diferencia en el impuesto referido.

“no puede aceptarse sin más que el importe sea inexacto y aunque es cierto que existe una diferencia entre la cantidad ofrecida y consignada por la empresa en concepto de salarios de tramitación 1.911,6 euros en lugar los 1.592,35 euros consignados es perfectamente

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

razonable que la diferencia obedezca tal y como invoca la empresa en este acto a que se hayan efectuado los descuentos correspondientes en concepto de IRPF y aportaciones del trabajador a la Seguridad Social, no siendo este orden jurisdiccional competente para determinar si se han de realizar o no las mencionadas retenciones, puesto que se trata de cuestiones de carácter fiscal o recaudatorio y cuya interpretación y aplicación corresponde a los Tribunales del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, por lo que debe estimarse el recurso formulado por la empresa y consecuentemente debe estimarse que la empresa ha optado por la indemnización y condenamos a la misma a abonar al demandante la indemnización antes mencionado y los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa”.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD. SUPUESTOS. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS. DISCRIMINACIÓN

Nuestro ordenamiento sanciona con la nulidad aquellos despidos producidos dentro de los períodos de protección que abarcan desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del permiso por maternidad, y durante el período de excedencia para el cuidado de un hijo. La **STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003**, I.L. J 279 (recurso 4347/2002), revoca la sentencia de instancia que desestimaba la demanda de despido practicada a una trabajadora durante el período de excedencia por cuidado de hijo, basada en competencia desleal hacia la empresa. La trabajadora durante el período de excedencia formaliza un contrato con otra empresa, realizando ese trabajo en su casa al estar conectada con acceso RDSI a través de Routers, por lo que no era necesaria su asistencia diaria a la oficina, sino que exclusivamente se reunía cada tres o cuatro días con su superior jerárquico y con libertad de horario, situación que permitía compatibilizar perfectamente la vida familiar y laboral. La Sala considera probada la concurrencia desleal pero estima prescritas las faltas imputadas y por ello nula la decisión empresarial por el trascurso del tiempo desde que la empresa tiene conocimiento cabal del ilícito y el momento en el que sanciona. Analiza la sentencia el concepto de competencia desleal señalando, de acuerdo con doctrina del Tribunal Supremo que:

“el deber legal de no hacer concurrencia desleal al empresario comprende ‘tanto a la concurrencia desleal en el trabajo por cuenta ajena, como a la, concurrencia desleal en el trabajo por cuenta propia’. Ciertamente, no toda actividad adicional es concurrencia desleal, por eso sí lo es aquella en la que el trabajador puede desviar clientela, o aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa a la que hace competencia, o prevalerse de la información que ha podido proporcionar o proporciona la presencia en el interior de ésta. Algunas de estas circunstancias, si no todas ellas, concurren en el caso; lo que demuestra la afirmación de partida sobre infracción del deber legal establecido en el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores (...)”.

Esta misma sentencia finaliza afirmando que el deber legal de no concurrencia desleal no pierde en absoluto su virtualidad en situaciones de interrupción de la prestación de trabajo. Por ello, concluye que:

“la excedencia para cuidado de hijos contemplada en el artículo 46.3 del ET es causa de suspensión del contrato de trabajo lo que implica una pervivencia del vínculo jurídico que supone, a su vez, la subsistencia del deber de buena fe del trabajador [art. 5.c) y 20.2 del ET] del que es manifestación el deber legal de no efectuar actividades concurrentes con las de la empresa en los términos que contemplan el art. 5.d) y 21 del ET. Es cierto que la concesión de la excedencia maternal (para cuidado de hijos) no aparece condicionada a ninguna especial obligación en un sentido limitativo de una futura actividad laboral, siendo la única condición la legalmente impuesta de ser su fin el cuidado de los hijos menores (...) La pervivencia del vínculo jurídico que la excedencia examinada supone determina a su vez que el derecho a la misma deba necesariamente cohonestarse con otros derechos (...) el trabajo y libertad a un puesto de trabajo) y deberes, concretamente con el deber del trabajador de no concurrir en los términos del art. 5.d) ET. En el caso concreto enjuiciado, concurren las siguientes circunstancias que nos llevan a apreciar la existencia de concurrencia desleal: 1) se aprecia un elemento intencional en la conducta de la trabajadora, al iniciar la relación laboral con la segunda empresa (Cisco Systems) al día siguiente de comenzar el disfrute de su excedencia (9 y 8 de marzo respectivamente) lo que evidencia una planificación laboral y profesional de la que no se informó a la demandada; 2) las características del puesto de trabajo son esencialmente similares resultando indiferente cualquier disquisición sobre los CallCenter o ICM o el software aplicable, porque lo que es incuestionable que nos encontramos ante el mismo sector, mismo mercado y círculo de clientes similar, pudiendo claramente desviar clientela, o aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa que le otorgó la excedencia con la que está ligada contractualmente y a la que hace competencia, o prevalerse de la información obtenida por su presencia en ella, originando un potencial perjuicio al empresario. Por todo ello, la concurrencia examinada debe reputarse desleal para lo cual es intrascendente el eventual beneficio del trabajador y el perjuicio causado a la empleadora, bastando sólo su potencialidad. Ha incurrido, por tanto, la demandante en la justa causa de despido contemplada en el art. 54.2.d) del ET.

La prescripción se estima por aplicación de lo establecido en el artículo 60.2 del ET, ya que la empresa pese a conocer los hechos sanciona trascurrido el plazo dentro del cual pudo hacerlo. Concluye en definitiva la sala que la prescripción de la falta al tiempo que es un argumento a favor de la improcedencia en caso de que esta declaración fuera legalmente posible, también lo es en contra de la procedencia y a favor de la nulidad pues si la falta ha prescrito no cabe declarar la procedencia del despido, y estando eliminada legalmente la posibilidad de declarar la improcedencia de un despido afectante a mujer en situación de excedencia para cuidado de hijos, la consecuencia necesaria es la declaración de nulidad del acto extintivo, conforme determina el art. 55 del ET en virtud de la reforma operada en el mismo por la Ley 39/1999.”

La STSJ de Aragón de 13 de marzo de 2003, I.L. J 578 (recurso 135/2003) declara la nulidad del despido de una trabajadora, por móviles discriminatorios, que se produce durante el embarazo. Recuerda la sala que el ordenamiento jurídico considera nulo el despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha del inicio del embarazo, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. En el

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

supuesto analizado se requirió al empleador para que aportase las notas de venta de la actora y del resto de la plantilla, aportando la empresa un documento en el que únicamente aparecen la demandante y otras dos trabajadoras más. De las tres, la trabajadora despedida era la que había conseguido un mayor “reporte de notas” totales, y la segunda con un mayor “reporte notas de venta neta”, con únicamente tres notas de venta neta menos que la trabajadora que más había obtenido y superando a la tercera trabajadora en dieciocho notas. Sin embargo, fue ella la única trabajadora despedida por la empresa.

Significa la Sala que:

“ninguna de las tres había alcanzado el (...) rendimiento, pese a lo cual tan sólo se despidió a la trabajadora que estaba embarazada hasta el momento en el que el Juzgado de lo Social pidió al empresario que informase acerca de la productividad de las restantes trabajadoras de la empresa. A la luz de los mentados extremos forzoso es concluir que no se ha acreditado que el rendimiento mínimo pactado en el contrato fuera razonable y alcanzable por un trabajador capaz, ni la razón ajena a cualquier móvil discriminatorio por la que inicialmente únicamente se despidió a la actora, que estaba embarazada, y no a las otras dos trabajadoras, con un rendimiento análogo, o al menos a aquella otra con un rendimiento inferior a la accionante, lo que obliga a concluir que el despido de la actora obedeció a un móvil discriminatorio, habiéndose despedido a una mujer embarazada sin que se haya acreditado la existencia de verdaderas causas ajenas a su embarazo que justifiquen la procedencia de la extinción contractual, no pudiendo esta Sala, ex art. 55.5 del ET, sino declarar nulo su despido.”

La **STC 49/2003, de 17 de marzo**, I.L. J 190 (recurso de amparo 988/2002) declara la nulidad del despido de un **trabajador afiliado a un partido político**, otorga el amparo solicitado, y le reconoce el derecho a no ser discriminado por su pertenencia a un partido político, anulando las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y del Juzgado de lo Social. Declara el Tribunal probado que la militancia del actor en el PSOE se conocía por el INSS y que de forma simultánea a ese conocimiento la nueva dirección procedió a una modificación peyorativa de las condiciones de trabajo del empleado, mermando sus funciones laborales y, privándole de ocupación efectiva hasta el mismo momento del cese de la relación laboral. Para el máximo interprete de la Constitución, esa conexión temporal entre el conocimiento de la tendencia política y las medidas adoptadas por la empresa, con menoscabo de la posición laboral del trabajador hasta llegar a su despido, resulta relevante para la conformación del panorama indiciario. “La demandada no ofreció, en consecuencia, una justificación *ad casum* que excluyera, pese a los antecedentes, la discriminación singular contra el trabajador que formula la queja. El INSS, en suma, no cumplió con la carga probatoria consistente en acreditar que fueron otras las causas motivadoras de la decisión, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derecho fundamental.”

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA

M^a. CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA

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

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Libertad sindical. A) Libertad sindical de los funcionarios públicos. B) Régimen interno de los sindicatos. C) Derechos de participación sindical. D) Derechos de información sindical. E) Libertad sindical y negociación colectiva. F) Legitimación procesal de los sindicatos. G) Derechos y garantías de los representantes sindicales. H) Proceso de tutela de la libertad sindical. **2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Órganos de representación. B) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores. **3. Conflictos colectivos y derecho de huelga.** A) El proceso de conflicto colectivo: adecuación. B) El proceso de conflicto colectivo: otras cuestiones procesales. C) Huelga.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica da cuenta de las sentencias recogidas en los números 1 a 4 de 2003 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 805).

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Libertad sindical de los funcionarios públicos

Si bien es cierto que el articulado de la Ley Orgánica de Libertad Sindical apenas contempla particularidades en relación con los derechos de libertad sindical de los funcionarios públicos, no lo es menos que la concreción legal o reglamentaria y convencional, y el ejercicio de tales derechos en este ámbito suele traer consigo ciertos elementos diferenciales respecto del ámbito laboral en sentido propio.

En el período de referencia (enero a abril de 2003), dos sentencias resuelven conflictos sobre los derechos de libertad sindical de los funcionarios públicos, en los que se ponen de manifiesto algunas de las particularidades de su específico régimen jurídico. Se trata de la **STC 18/2003 de 30 de enero**, I.L. J 31, en relación con el derecho de excedencia o de pase a situación de servicios especiales de los cargos electivos sindicales, y de la **STSJ**

de Murcia de 4 de febrero de 2003, I.L. J 319, en relación con la jurisdicción competente para resolver la impugnación de un acuerdo de una mesa de negociación de la Administración sobre permisos en elecciones sindicales.

En el supuesto de la **STC 18/2003, de 30 de enero**, I.L. J 31, se cuestiona si tras la anulación del artículo 29.2.1.1) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en el que se regulaba la situación de servicios especiales del personal funcionario, por elección de cargo sindical de ámbito provincial, autonómico o estatal en sindicatos más representativos, por la **STC 99/1987**, de 11 de junio, este derecho puede seguir predicándose con el exclusivo amparo del artículo 9.1.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical; o, dicho de otro modo, si este último precepto constituye una norma completa y reconoce un derecho no condicionado por un ulterior desarrollo.

Tras reconocer el carácter adicional del derecho debatido en cuanto al contenido de la libertad sindical, lo que implica su configuración por el legislador pero no impide su tutela en amparo constitucional, y comparar el contenido de los citados preceptos legales, sustancialmente iguales en cuanto a los supuestos, destinatarios y derechos reconocidos, con la única salvedad de la denominación de la situación funcional causada (“servicios especiales” en la Ley 30/1984, y “la situación equivalente” a la excedencia forzosa “en el ámbito de la Función Pública”, en la LOLS), la **STC de 30 de enero de 2003** reconoce la efectividad directa del artículo 9.1.b) de esta Ley Orgánica en orden al reconocimiento del derecho de los funcionarios públicos a una situación equivalente a la excedencia forzosa, con reserva de puesto de trabajo y cómputo de la antigüedad, cuando son elegidos como cargos de organizaciones sindicales más representativas a nivel provincial, autonómico o estatal, sin que la referida declaración de inconstitucionalidad y la anulación parcial de la Ley 30/1984 por la citada **STC 99/1987** implique el vaciamiento de contenido del repetido artículo 9.1.b) de la LOLS, sino tan sólo cierta disfunción e incoherencia de regulación imputable al legislador.

No obstante, esta diversificación en la vigencia de las dos normas concernidas tiene una importante consecuencia en relación con los efectos del amparo constitucional reconocido, toda vez que la indefinición legal de la situación específica susceptible de reconocerse al funcionario elegido como cargo sindical impide al Alto Tribunal pronunciarse sobre ella, al no haberse debatido sobre las concretas circunstancias concurrentes y sobre las normas aplicables.

Por su parte, la **STSJ de Murcia de 4 de febrero de 2003**, I.L. J 319, declara la incompetencia de la jurisdicción social en relación con una pretensión de nulidad de un precepto de una Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de la Comunidad Autónoma de Murcia, sobre el proceso de elección de los órganos de representación del personal al servicio de la Administración autonómica, relativo a los permisos de los miembros de las candidaturas y de las organizaciones sindicales, por tener como destinatarios a los electores, funcionarios en su mayoría, y por impugnarse, “en definitiva, un Acuerdo de la

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Mesa General de Negociación de las Condiciones de Trabajo del personal al servicio de dicha Administración Pública al amparo de la Ley 9/1987, de 12 de junio”, cuyo conocimiento, conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1996 y 23 de enero de 1998, no le corresponde a la Jurisdicción Social sino a la Contencioso-Administrativa.

B) Régimen interno de los sindicatos

Los conflictos internos entre los distintos órganos de las organizaciones sindicales suelen plantear complejos y entremezclados problemas cuando acceden a la sede judicial, toda vez que con frecuencia se manifiestan a través de distintos actos y decisiones de muy diverso alcance y repercusión (sanciones, destituciones, dimisiones, convocatorias de asambleas, acuerdos, modificaciones de estatutos, nombramientos, etc.), cuya validez se cuestiona por una u otra de las partes enfrentadas, como ponen de relieve la **STS de 7 de marzo de 2003**, I.L. J 451, y la **STS de 13 de marzo de 2003**, I.L. J 467, en relación con los recientes conflictos vividos por los sindicatos de policía en Cataluña.

La primera de estas sentencias (**STS de 7 de marzo de 2003**, I.L. J 451), aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 186/1992, de 16 de noviembre), sobre la primacía de las normas estatutarias sindicales, como “canon de tutela de los derechos sindicales y de participación de los afiliados”, en la interpretación judicial, reconoce la regularidad de determinados acuerdos del Secretariado permanente del Sindicato Autónomo de Policía y de la Asamblea general extraordinaria convocada por ese órgano, adoptados conforme a los estatutos sindicales y frente a la oposición de la Secretaría nacional de la referida organización sindical, entre cuyas funciones y facultades de información, coordinación y control se estima que no está la de revocación de las decisiones del Secretariado permanente.

Respecto de la **STS de 13 de marzo de 2003**, I.L. J 467, el proceso que resuelve se inicia por una demanda de varios miembros del Secretariado nacional de la Unión de policía de Cataluña que instan la nulidad de su expulsión del referido sindicato y la de distintas reuniones y acuerdos tomados posteriormente por el citado Secretariado, sin su participación, incluida la convocatoria y celebración de un Congreso extraordinario y la adopción de acuerdos de modificación de los estatutos sindicales.

Por la parte demandada y recurrente se alega en primer lugar la inadecuación del procedimiento, pretendiendo que, una vez que se insta la nulidad de una modificación de los estatutos sindicales, el proceso adecuado es el de impugnación de los mismos (arts.171 y ss. LPL), sin que quepa, además y por tanto, la acumulación de las restantes pretensiones. La Sala desestima esta excepción, toda vez que “los actores no impugnan de manera específica e individualizada las modificaciones de los estatutos sindicales, sino toda la actividad interna de los órganos sindicales en cuanto aquejada de vicios de nulidad, consistentes en no convocar o convocar defectuosamente a sus reuniones a los miembros de tales órganos”, de modo que “La anulación de las modificaciones de los estatutos sindicales solicitada en la demanda y estimada en la sentencia de instancia es una mera con-

secuencia de los defectos de forma y procedimiento que han concurrido en las mismas, careciendo por tanto de sustantividad propia”.

En estos términos, la Sala confirma la nulidad del acuerdo de expulsión del sindicato de los actores, declarada en instancia, por haberse adoptado sin cumplirse con las previsiones procedimentales establecidas estatutariamente, en relación con la participación de la comisión de conflicto y arbitraje, sin darse audiencia de los representantes sancionados, y con una motivación genérica e insuficiente, al imputarse literal y exclusivamente a los mismos haber “llevado a término diversas acciones infringiendo las normas estatutarias y los acuerdos reglamentarios”, lo que conlleva la nulidad de las restantes reuniones y acuerdos de los órganos sindicales, objeto de impugnación, incluidos los de modificación de los estatutos, por haber sido convocadas, celebradas y adoptadas sin la participación de los actores, miembros del Secretariado nacional ilegalmente expulsados del sindicato.

C) Derechos de participación sindical

La integración de los sindicatos en los distintos órganos que suelen constituirse en el seno de las Administraciones públicas, con funciones de control, gestión, negociación, contratación, etc., plantea con frecuencia problemas relativos a la composición de tales órganos, en relación con la representatividad o implantación de los sindicatos concurrentes, a la validez de sus acuerdos y decisiones, o a su coordinación con las comisiones paritarias o mixtas de los Convenios. Tal es el caso, en los últimos meses, de la STS de 11 de abril de 2003, I.L. J 253, la STS de 10 de marzo de 2003, I.L. J 454, la STS de 12 de marzo de 2003, I.L. J 463, la STSJ de Aragón de 18 de febrero de 2003, I.L. J 167, y la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de febrero de 2003, I.L. J 372.

En el supuesto de la STS de 11 de abril de 2003, I.L. J 253, se cuestiona la eventual existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical de un sindicato (de trabajadores y trabajadoras de la enseñanza del País Valenciano-Intersindical Valenciana), por su exclusión de la Mesa de enseñanza privada constituida en la Administración de la Comunidad Valenciana, entre cuyas funciones se encuentra la negociación, estudio y debate de las condiciones de trabajo y de los asuntos que en general afecten a la enseñanza privada, en atención al grado de representatividad acreditado en el ámbito funcional de la misma.

Aunque no se trata en sentido propio de un órgano de negociación colectiva en el ámbito de la Administración, la pretensión de inclusión en la referida Mesa del sindicato demandante se enmarca en su derecho de participación institucional, integrado en el derecho de libertad sindical.

La citada Mesa, creada a partir de un proceso iniciado en 1988, a lo largo de su andadura adoptó diversos pactos relativos a su constitución e integración, tanto en relación con

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

el mínimo de representatividad exigido a los sindicatos para formar parte de la misma, como respecto del ámbito funcional en el que debía acreditarse tal representatividad, con distintas vicisitudes y conflictos, culminados en procesos y resoluciones judiciales y en distintos acuerdos.

El conflicto resuelto por la STS de 11 de abril de 2003 parte de cierta discordancia entre el ámbito funcional y objetivo de la Mesa, la enseñanza privada concertada en la Comunidad Autónoma Valenciana, y los sectores y Convenios en los que desde 1996 se vino exigiendo la representatividad del 10 por ciento, requerida para la participación de los sindicatos en la Mesa (centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de minusválidos; centros de atención a personas discapacitadas, centros de asistencia y educación infantil, enseñanza privada sin ningún nivel concertado, y enseñanza privada sostenida total o parcialmente con fondos públicos; con exclusión de las autoescuelas, centros de educación universitaria e investigación, centros de enseñanza y formación no reglada, y colegios mayores universitarios), teniendo en cuenta que el sindicato actor tenía acreditada en las últimas elecciones sindicales la representatividad exigida en el ámbito de la enseñanza privada concertada, pero no en el conjunto de los subsectores de enseñanza y educación indicados.

Partiendo de los antecedentes históricos de la Mesa de enseñanza privada y de la delimitación pactada de su objeto y funciones, referidos a la enseñanza privada concertada, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima que la representatividad discutida debe venir referida al ámbito propio de la Mesa, la enseñanza privada concertada, y no a los distintos subsectores de enseñanza y educación citados, sin que obste a ello el hecho de que con anterioridad se hubiera exigido la representatividad en el conjunto de subsectores y que el sindicato demandante no se hubiera opuesto a tal exigencia, toda vez que la legitimación sindical es indisponible, también, analógicamente, respecto del derecho de participación institucional, y que la aceptación anterior de la más extensa representatividad, en 1996, no supuso su exclusión de la Mesa, al reunir entonces la representatividad requerida en el conjunto de subsectores de educación.

Por su parte, la **STS de 10 de marzo de 2003**, I.L. J 454, confirma la nulidad de un acuerdo sobre criterios de contratación temporal de personal informático en la Administración autonómica de Castilla y León, adoptado por ésta y por dos de los sindicatos más representativos en su ámbito, con exclusión de la organización actora (UGT), por “hurtar” las competencias de la Comisión paritaria del Convenio colectivo, entre las que, conforme la propia norma pactada, se contemplaba la de establecer los criterios sobre contratación temporal, sin que a ello obste el hecho de que los dos sindicatos firmantes del acuerdo impugnado tuvieran la representatividad suficiente en su ámbito para negociar un Convenio estatutario, por no tener el discutido acuerdo esa naturaleza y estar vigente el Convenio vulnerado.

En el supuesto de la **STS de 12 de marzo de 2003**, I.L. J 463, por el sindicato CSI-CSIF se impugna un Acuerdo interpretativo de la Comisión paritaria del Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad de Madrid, de la que forma parte como firmante del Convenio, sobre determinación de la representación de los trabajadores facultada para

nombrar asesores en los tribunales de contratación de personal, en la que se incluye a los sindicatos de mayor implantación en ese ámbito, con independencia de que hayan suscrito el Convenio colectivo, lo que conlleva su exclusión.

El repetido Convenio atribuía la competencia para designar asesores en los tribunales de contratación a “la representación de los trabajadores” y la Comisión paritaria del Convenio interpretó esta previsión en referencia a la representación sindical y no a la unitaria, lo que se estima razonable en atención a la conformación de la unidad negocial (la Comunidad Autónoma de Madrid), al igual que se viene admitiendo para la determinación de la composición del banco social en la negociación colectiva de unidades complejas y dispersas (SSTS de 21 de diciembre de 1999 y 24 de abril y 9 de mayo de 2001), con mayor implantación en este ámbito, sin tener en cuenta su condición de firmantes del Convenio.

Partiendo de los términos literales utilizados por el Convenio para determinar los sujetos facultados para la litigiosa designación de asesores en los tribunales de contratación (“la representación de los trabajadores”), y del conjunto de reglas convencionales sobre competencias de la representación de los trabajadores, referidas con carácter general a los sindicatos firmantes del Convenio, la STS de 12 de marzo de 2003 estima que la interpretación adoptada por la Comisión paritaria en el Acuerdo impugnado “excede los límites legales de la hermenéutica e incluso se aproxima a una verdadera rectificación de la norma negociada, para lo que evidentemente no está facultada dicha Comisión”.

Merece la pena destacar, igualmente, que más allá del pronunciamiento sobre la validez del Acuerdo impugnado, la Sala proporciona una pista de orden práctico en relación con el inconveniente de ese carácter derivado del eventual incremento del número de asesores para la contratación, consecuencia del aumento de los sindicatos facultados para su nombramiento. En tal sentido, precisa:

“dando respuesta a la dificultad que avanzan los recurrentes, que la inclusión del CSI-CSIF no tiene por qué suponer que el número de asesores de los Tribunales deba ampliarse necesariamente a cuatro. En primer lugar, porque su número puede ser inferior a tres o incluso ser uno solo, ya que en todo caso carecen de voto que pueda influir en la decisión del Tribunal. Y en segundo porque, previendo el artículo 17 del Convenio la celebración de numerosos y sucesivos procesos selectivos y ‘la rotación en la composición’ de los tribunales, está claro que la designación proporcional de los asesores es compatible con sistemas de nombramientos para cada Tribunal que, a la larga, den participación a todos los sindicatos”.

También en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, la **STSJ de Aragón de 18 de febrero de 2003**, I.L. J 167, resuelve una pretensión en la que se insta la declaración de la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical por la ausencia de convocatoria de la Mesa Sectorial de Educación y la exclusión de la Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Enseñanza de Aragón en las conversaciones y consultas mantenidas entre la Administración educativa de esta Comunidad Autónoma y los sindi-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

catos UGT, CCOO y CSIF y la Federación de Asociaciones de padres de alumnos, en relación con el denominado “Plan de Apoyo a la Escuela Pública”, posteriormente plasmadas en una Orden de la referida Administración y en un anuncio de licitación de un contrato de servicios; instándose igualmente la anulación de las actuaciones llevadas a cabo entre la Administración y las referidas organizaciones sindicales.

La Sala se cuestiona en primer lugar la competencia de la jurisdicción, toda vez que la pretensión puede afectar a las resoluciones de la Administración en las que se plasmaron las impugnadas conversaciones, y en segundo lugar la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, en relación con la de tutela de libertad sindical. Sobre tales cuestiones, se reconoce la competencia de la jurisdicción social, en la medida en que se insta la nulidad de las actuaciones o negociaciones previas y no la de las posteriores resoluciones administrativas, y la adecuación del proceso de conflicto colectivo, dado su más genérico alcance, respecto del proceso de tutela de libertad sindical, en relación con las pretensiones ejercitadas.

En cuanto al fondo de éstas, se reconoce la existencia de la vulneración del derecho de libertad sindical de la organización demandante, por la ausencia de convocatoria de la Mesa Sectorial de Educación, conforme a los artículos 30 a 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, y por la exclusión de la misma de las citadas conversaciones o negociaciones informales, toda vez que éstas y las ulteriores resoluciones de la Administración educativa afectaban directa o indirectamente a cuestiones laborales del personal a su servicio.

No obstante, se desestima “la pretensión de anulación de las actuaciones llevadas a cabo entre la Administración y los Sindicatos UGT, CCOO y CSI-CSIF, (...) pues no se indica ningún acto o pacto específico susceptible de anulación, careciendo de sentido que pueda referirse a las conversaciones, por su propia naturaleza, y no siendo anulables por esta jurisdicción social disposiciones administrativas de carácter reglamentario como la Orden o el anuncio referidos”.

Por último, en el supuesto de la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de febrero de 2003**, I.L. J 372, se cuestiona la validez de la constitución de la denominada “Coordinadora de Consejería”, órgano de representación de los trabajadores de creación convencional, tanto desde la perspectiva procedimental, en relación con la convocatoria de las reuniones destinadas a tal objeto, como desde el punto de vista de la composición finalmente acordada. Con carácter previo, la Sala estima la excepción de falta de legitimación pasiva de la Administración autonómica, por considerar que la cuestión debatida constituye “un problema entre sindicatos”.

En relación con la validez de la convocatoria y las reuniones destinadas a la constitución del órgano litigioso, esta sentencia estima que la presencia de un representante del sindicato actor, excluido de representación en la Coordinadora, que, a su vez, asumía la representación de otro sindicato, salva la pretendida exclusión de aquél del proceso de constitución; y, respecto de la referida exclusión, tampoco se estima la pretendida vulneración del derecho de libertad sindical, toda vez que el número de miembros de la Coordinadora, limitado a cinco, responde a los criterios de proporcionalidad estableci-

dos en Convenio colectivo en atención al número de representantes unitarios elegidos en el ámbito de actuación de la Coordinadora, y ante el empate de los sindicatos UGT y Convergencia Sindical Canaria, la exclusión de éste y el nombramiento de un miembro de UGT responde al mayor número de votos obtenidos.

D) Derechos de información sindical

En relación con los derechos de información activa de los sindicatos, es especialmente destacable la **STS de 28 de marzo de 2003**, I.L. J 626, relativa al uso del correo electrónico y de la red como instrumento de información y comunicación, con su notable efectividad informativa y sus dificultades de gestión y control; y la **STS de 11 de febrero de 2003**, I.L. J 222, y la **STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de abril de 2003**, I.L. J 784, sobre derechos de información, reunión y comunicación sindical con los trabajadores en procesos de elecciones sindicales.

En el supuesto de la **STS de 28 de marzo de 2003**, I.L. J 626, se cuestiona el alcance del derecho de información activa de los sindicatos, respecto de los trabajadores, y las facultades empresariales de control de la transmisión de tal información, con la esencial particularidad de que el medio de información es un sistema empresarial de remisión de correo electrónico a los trabajadores.

Conforme a lo establecido en Convenio colectivo, las representaciones de los trabajadores en la empresa Telefónica tienen a su disposición fundamentalmente dos medios de información y comunicación general con los trabajadores. Por un lado, el “Tablón sindical”, al que se accede a través del portal de la empresa en la red, y en el que se publican y difunden las comunicaciones e informaciones que los sindicatos estimen de interés; y, por otro, el servicio “Infobuzón”, mediante el cual todos los trabajadores reciben a través del correo electrónico “comunicaciones masivas” respecto de cuestiones de “especial consideración” (negociación colectiva, elecciones sindicales y otros “eventos singulares”), estando permitido su uso sindical sólo para las organizaciones más representativas y para el Comité intercentros, bajo el control y gestión de la empresa, a través de la Dirección general de recursos.

Por el sindicato actor (CGT) se remitió un correo electrónico a esta Dirección, en el que se incorporaba un archivo adjunto, con el objeto de que se incluyera éste en el “Infobuzón”. Este archivo adjunto contenía una propuesta de negociación para modificar la oferta del servicio ADSL a los trabajadores. Por la Dirección general de recursos se responde al sindicato actor, también mediante correo electrónico, que el comunicado que pretenden incorporar en el “Infobuzón” no entra dentro de los “eventos singulares” para cuya comunicación masiva se ofrece ese medio, sugiriendo su publicación en el portal “Tablón sindical”, accesible también para los trabajadores de Telefónica.

El sindicato actor y recurrente pretende, a través de un proceso de tutela de la libertad sindical, que esta actuación de la empresa vulnera su derecho al secreto de las comuni-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

caciones y su derecho de información a los trabajadores sin injerencias de la empresa, toda vez que la referida negativa presupone el acceso y el conocimiento empresarial de la comunicación incluida en el archivo adjunto y destinada a los trabajadores.

Teniendo en cuenta “el carácter de la información” y “la índole de los instrumentos de comunicación” litigiosos, la STS de 28 de marzo de 2003 desestima la pretensión sindical, puesto que:

“si el *modus operandi* convenido exige que el sindicato se dirija a una determinada instancia empresarial, la Dirección General de Recursos, y que las reglas de utilización del Infobuzón lo reserven para temas de ‘especial consideración’ o ‘eventos singulares’, es natural que la empleadora pueda llevar a cabo un control mínimo de las materias así transmitidas, en orden a conseguir su normal funcionamiento y evitar una acumulación exagerada, por la inclusión en este capítulo de excesivas informaciones de importancia menor y propias de la simple acción sindical. Por consiguiente, será algo razonable que esa Dirección, pueda constatar de qué envíos se trata, amén de que la operación toda implica el contacto y la coordinación con el ‘resto de unidades afectadas’ de la sociedad, hasta concluir en la confección de la correspondiente página. Amén, por último, de que la información final perseguida estaría siempre al alcance de la empleadora, que cabalmente ha comprometido, en ciertas condiciones, sus medios encaminados a lograr la difusión electrónica del comunicado”.

Por otra parte, la Sala estima que la pretensión del sindicato recurrente precisa en último término una determinada interpretación de la cláusula del Convenio colectivo, la relativa al uso de los medios electrónicos y de comunicación por red por parte de los sindicatos, lo que no corresponde al proceso de tutela de la libertad sindical, sino a un proceso declarativo ordinario.

Respecto del derecho de información sindical en procesos de elecciones sindicales, en el recurso resuelto por la **STS de 11 de febrero de 2003**, I.L. J 222, se cuestiona “si un Sindicato considerado mayoritario conforme al artículo 6 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que no aparece como convocante del proceso electoral en la empresa, ni tiene en ella representación sindical, puede llevar a cabo reuniones en la sede de la misma para propiciar la formación de candidaturas bajo las siglas sindicales que representa”, concretándose el conflicto ante la negativa empresarial frente a la solicitud del sindicato (CCOO) de celebración de las referidas reuniones.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo estima que la pretensión del sindicato actor y recurrente “rebas los límites del derecho de libertad sindical” y no aprecia por ello en la negativa empresarial una conducta contraria a este derecho constitucional, sin que las reuniones solicitadas se vean amparadas por el derecho de los cargos sindicales a acceder a los centros de trabajo [art.9.1.c) LOLS], por el de derecho de los afiliados a un sindicato en una empresa a celebrar reuniones en la misma [art.8.1.b) LOLS], o por el derecho general de reunión de los trabajadores en las empresas y centros de trabajo (arts.77 y ss. ET), por tratarse, en los tres casos, de derechos con diferente alcance, contenido o destinatarios.

Por el contrario, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de abril de 2003**, I.L. J 784, estima que la negativa inmotivada del representante de una empresa al acceso del secretario provincial de un sindicato (CCOO) a los locales de la misma, con el objeto de reunirse con los trabajadores para informarles sobre el proceso de elecciones sindicales en marcha, a la hora del desayuno, constituye una conducta lesiva del derecho de libertad sindical, considerando que la comunicación previa exigida a tal efecto por el artículo 9.1.c) de la LOLS, quedó cumplida con la participación directa del representante sindical al de la empresa de su intención y del objeto de su visita.

E) Libertad sindical y negociación colectiva

Las pretensiones de vulneración del derecho de libertad sindical en relación con la negociación colectiva suelen versar con frecuencia sobre la legitimación negocial y la formación e integración del banco sindical en las mesas de negociación. En el período de referencia se plantean algunos de estos problemas en la **STS de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 455 (negociación de convenios extraestatutarios), en la **STSJ del País Vasco de 28 de enero de 2003**, I.L. J 304 (legitimación en unidades negociales de empresa), en la **STS de 9 de abril de 2003**, I.L. J 250 (inassistencia de una sección sindical a la reunión de constitución de la comisión negociadora) y en la **STSJ de Aragón de 16 de enero de 2003**, I.L. J 82 (falta de constancia en la publicación del Convenio de la oposición de un sindicato).

Respecto de la negociación colectiva extraestatutaria, la **STS de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 455, reitera la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional (STC 121/2001, de 4 de junio) y por la propia Sala (STS de 30 de marzo de 1999), en el sentido de que “la singularidad más relevante” del “modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor”, por lo que la pretendida exclusión del sindicato recurrente (Asociación de mandos intermedios de Banesto), por lo demás no acreditada, en la negociación de un Convenio extraestatutario sobre ordenación de las vacaciones, no constituye una vulneración de sus derechos de libertad sindical y negociación colectiva, con independencia de que el pacto discutido pretendiera ser aplicable a toda la plantilla, puesto que su naturaleza impide tal vocación de eficacia general.

Por su parte, en relación con la negociación en unidades empresariales, la **STSJ del País Vasco de 28 de enero de 2003**, I.L. J 304, estima que la negociación de un Convenio colectivo de empresa con la representación unitaria (delegado de personal), sin convocar a la representación sindical (delegado sindical), no constituye una lesión del derecho de libertad sindical de ésta, toda vez que el legislador permite la opción entre una y otra representación para negociar Convenios de ámbito empresarial (art. 87.1 ET), sin permitir la suma de ambas.

Más originales resultan los conflictos resueltos por la **STS de 9 de abril de 2003**, I.L. J 250, y la **STSJ de Aragón de 16 de enero de 2003**, I.L. J 82. La primera de ellas, estima que no existe vulneración de los derechos de libertad sindical y de negociación colec-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

tiva de una sección sindical que no se integró en la comisión negociadora de un Convenio colectivo de empresa, a pesar de ser convocada para ello, por discrepar con su composición y con la convocatoria de la sección sindical de ELA-STV. La segunda, que tampoco existe tal vulneración por el hecho de que en la publicación voluntaria del Convenio colectivo de una empresa, en la que se precisaba su aprobación “por la comisión negociadora, con los requisitos exigidos por el artículo 89 del Estatuto de los Trabajadores”, no se haga constar de manera expresa la oposición de uno de los miembros de la comisión negociadora.

F) Legitimación procesal de los sindicatos

Sin ser elevado, es destacable el número de resoluciones que en los primeros meses del año 2003 se ocupan de la delimitación de la legitimación procesal activa de los sindicatos, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el “vínculo de conexión” entre el ámbito de desenvolvimiento del conflicto y el de implantación del sindicato. Se trata de la **STC de 19 de mayo de 2003**, I.L. J 379, la **STS de 31 de enero de 2003**, I.L. J 27, y la **STS de 10 de marzo de 2003**, I.L. J 615.

En el supuesto de la **STC de 19 de mayo de 2003**, I.L. J 379, se cuestiona la legitimación de un sindicato para impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa varios decretos de prórroga de otras tantas comisiones de servicios, denegada por la resolución recurrida en amparo por entender que la discutida legitimación, conectada con la negociación colectiva en el ámbito del conflicto, le corresponde al órgano establecido *ad hoc* con este objeto (mesa de negociación), del que formaba parte el sindicato recurrente, por lo que, además, se estima que su actuación implica ir en contra de los actos propios.

El Tribunal Constitucional estima el amparo solicitado por el sindicato recurrente y reconoce la existencia de una vulneración de su derecho de tutela judicial efectiva, apreciando la conexión de su función con el objeto litigioso, esto es, el efectivo interés profesional o económico como presupuesto de su legitimación procesal (SSTC 210/1994, de 11 de julio, 101/1996, de 11 de junio, y 203/2002, de 28 de octubre), en la medida en que la estimación de los recursos contencioso-administrativos planteados implicaría el nacimiento de ciertas expectativas de acceso a una comisión de servicios por parte de los trabajadores o funcionarios de la Administración demandada, representados por el sindicato actor.

En cuanto a la posibilidad del sindicato recurrente de impugnar actos que fueron informados favorablemente por la comisión paritaria del personal de la Administración demandada, de la que el mismo formaba parte, en relación con la imposibilidad de ir en contra de los propios actos y con la previsión del artículo 28.a) de la LJCA de 1956, que prohibía a los órganos de una Administración pública la impugnación judicial de la actividad de la misma, el Tribunal Constitucional estima que no concurren los presupuestos de aplicación de tales reglas, por cuanto que, por una parte, esta limitación procesal se refiere a los órganos administrativos y no a sus integrantes, y, por otra, la referida comisión paritaria no participa de la estructura jerárquica de la Administración.

Por su parte, en el supuesto de la **STS de 31 de enero de 2003**, I.L. J 27, por la denominada “Alternativa Sindical de Trabajadores” (trabajadores afectados por el cambio del “Fondo Interno” de mejora de Seguridad Social de la empresa Telefónica que no se adhirieron al plan de pensiones) se plantea una demanda de conflicto colectivo en relación con la titularidad, sustitución y garantía de los derechos del referido “Fondo Interno”.

Tras delimitar el alcance jurídico del conflicto planteado, y dado que el sindicato actor sólo tiene representantes unitarios en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa de Madrid, la Sala se cuestiona su legitimación procesal. A partir de lo dispuesto en los artículos 2.2.d) de la LOLS y 152 de la LPL, y conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 70/1982, de 29 de noviembre, 37/1983, de 11 de mayo, y 210/1994, de 11 de julio), la Sala estima la legitimación del sindicato demandante, en la medida en que “el vínculo de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada”, que constituye la base de la legitimación procesal debatida, “ha de medirse en función de la ‘implantación’ en el ámbito del conflicto” y no en atención a la representatividad, y en tal sentido, el sindicato actor tiene un ámbito de actuación y una implantación que alcanza a toda la empresa Telefónica.

Por último, y de nuevo en aplicación de la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la legitimación procesal de los sindicatos, en relación con su “vínculo de conexión” con la pretensión ejercitada y con el ámbito del conflicto, derivado de su implantación, con independencia de su representatividad, la **STS de 10 de marzo de 2003**, I.L. J 615, declara de falta de legitimación activa de la *Federació de Treballadors de Catalunya* para interponer una demanda de conflicto colectivo, instando la nulidad de un acuerdo de empresa sobre una retribución de garantía *ad personam* y sobre estabilidad en el empleo, que excluía de su ámbito de aplicación a los trabajadores contratados desde 1996, por no acreditarse su conexión con el ámbito del conflicto, en el que no sólo no tiene ninguna representatividad, sino que ni siquiera consta ni se acredita que tenga implantación o cierto nivel de afiliación.

G) Derechos y garantías de los representantes sindicales

En relación con esta materia, debe destacarse la **STS de 28 de abril de 2003**, I.L. J 527, que rectifica el criterio mantenido con anterioridad en la Sentencia de 29 de diciembre de 1999, tras su anulación por el Tribunal Constitucional (STC 229/2002, de 9 de diciembre), en relación con las diferencias entre la destitución de los representantes sindicales y la revocación de los representantes unitarios, en orden al mantenimiento de sus garantías tras la pérdida de su condición representativa; la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2003**, I.L. J 282, y la **STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2003**, I.L. J 708, sobre la indemnidad de los representantes sindicales frente a los actos perjudiciales de sus derechos.

Respecto del proceso culminado por la primera resolución citada, por anterior STS de 29 de diciembre de 1999 se había declarado que en caso de despido improcedente de un

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

delegado sindical destituido de su cargo antes del despido, la opción entre la readmisión y la indemnización le correspondía a la empresa, equiparando su situación a la de los representantes unitarios de los trabajadores cuyo mandato hubiera cesado por revocación [art. 68.c) ET]. Esta sentencia fue objeto de dos recursos de amparo estimados por la STC 229/2002, de 9 de diciembre, I.L. J 2665, en la que se estima que la destitución de los representantes sindicales no es equiparable en todo caso a la revocación del mandato de los representantes unitarios, pues ello supondría entender que aquélla implica siempre una sanción. Devueltas por ello las actuaciones a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, la **STS de 28 de abril de 2003**, I.L. J 527, rectifica su criterio anterior y acata la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional.

Por su parte, la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2003**, I.L. J 282, estima la existencia de una lesión del derecho de libertad, constituida por una decisión empresarial de movilidad funcional de una trabajadora, técnica de apoyo y delegada sindical, por la que se la destina a un centro de trabajo en condiciones precarias (sin aire acondicionado ni aseos) y con funciones devaluadas (tareas administrativas rutinarias).

Por último, en el supuesto de la **STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2003**, I.L. J 708, se cuestiona la retribución que tiene derecho a percibir un delegado sindical liberado, tras la suspensión de su actividad profesional por el ejercicio de sus funciones representativas, y, de manera refleja, la cuantía de las aportaciones a un plan de pensiones que la empresa está obligada a mantener en tal situación, teniendo en cuenta que en el año anterior a su liberación de servicios ha estado desempeñando un puesto y funciones de superior categoría y retribución, y que por la empresa se ha venido abonando el salario correspondiente a su categoría y no a estas funciones superiores, desde que dejó de desempeñarlas por pasar a la situación de liberado sindical.

En una interpretación escrupulosa y exclusivamente centrada en la literalidad el Convenio aplicable, sin acudir al principio de indemnidad (art.12 LOLS), que veda cualquier perjuicio profesional o económico que pueda sufrir un representante sindical como consecuencia del ejercicio de funciones representativas (últimamente, SSTC 30/2000, de 31 de enero, 44/2001, de 12 de febrero, 173/2001, de 26 de julio, y 214/2001, de 29 de octubre), el TSJ de Cataluña estima la pretensión relativa a la retribución y desestima la relativa a las aportaciones al plan de pensiones. Lo primero, por cuanto que el Convenio aplicable precisa que los representantes de los trabajadores liberados tendrán derecho a las retribuciones “que vinieran acreditándose con regularidad hasta el momento de la exención de servicios”, y el actor llevaba un año desempeñando funciones de superior categoría. Lo segundo, por cuanto que la citada norma convencional dispone que las aportaciones empresariales al plan de pensiones se calculan sobre el “salario base”, y conforme al mismo Convenio, éste se corresponde con la “categoría laboral interna”, que en el caso del actor es inferior a la correspondiente a las funciones desempeñadas con carácter inmediatamente anterior a la interrupción de su actividad para el ejercicio de funciones sindicales.

H) Proceso de tutela de la libertad sindical

En relación con los aspectos propiamente procesales del procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical, se plantean fundamentalmente cinco cuestiones. En primer lugar, el ámbito de conocimiento del proceso de tutela de la libertad sindical, en relación con el rango de la norma aplicable y debatida (**STS de 28 de marzo de 2003**, I.L. J 626); en segundo lugar, la necesidad de aportar los elementos necesarios para determinar la procedencia y cuantía de la indemnización por vulneración del derecho de libertad sindical (**STS de 11 de abril de 2003**, I.L. J 253, y **STSJ de Andalucía, Granada, de 22 de abril de 2003**, I.L. J 784); en tercer lugar, el plazo de ejercicio de la acción de tutela del derecho de libertad sindical (**STS de 18 de marzo de 2003**, I.L. J 478); en cuarto lugar, la acreditación de la lesión del derecho, en relación con la aportación de indicios de discriminación sindical y la falta de prueba en contrario, junto con la eventual existencia de una situación de litisconsorcio pasivo del sindicato al que pertenece la parte demandante, cuyo derecho se pretende vulnerado (**STSJ de Madrid de 25 de enero de 2003**, I.L. J 282); y, en quinto lugar, la legitimación pasiva de la Administración, en relación con el cuestionamiento de la validez de la constitución y composición de un órgano de representación de los trabajadores establecido convencionalmente (**STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 10 de febrero de 2003**, I.L. J 372).

En relación con el alcance y con los límites de conocimiento judicial en el proceso de tutela de los derechos de libertad sindical, la **STS de 28 de marzo de 2003**, I.L. J 626, estima que una pretensión relativa al uso sindical de determinados medios electrónicos y de comunicación por red regulados en Convenio colectivo [VII.1.D)], no corresponde al proceso de tutela de la libertad sindical, sino al proceso declarativo ordinario, toda vez que cuestiona en último término la interpretación de la cláusula del Convenio que regula tales medios.

Como también se vio más arriba [VII.1.C)], en el supuesto de la **STS de 11 de abril de 2003**, I.L. J 253, se cuestiona la existencia de una lesión del derecho de libertad sindical de un sindicato, por su exclusión de la Mesa de enseñanza privada constituida en la Administración de la Comunidad Valenciana. Junto al problema de fondo, también se discute en este caso el derecho del sindicato actor a la indemnización legalmente prevista para los supuestos de lesión del derecho de libertad sindical (arts. 180.1 LPL y 15 LOLS), cuantificada por el mismo en 150.000.000 pesetas, por la pérdida de simpatizantes y posibles votantes, por la tendencia al voto útil (25.000 pesetas por cada uno de los votantes de las últimas elecciones), por la pérdida de cuatro representantes liberados o permanentes, y por el beneficio de los demás sindicatos integrantes de la Mesa “en relación con el daño causado y su potencial económico con el que cuentan”. Una vez acreditado que el sindicato demandante no perdió a sus representantes liberados a pesar de la exclusión de la Mesa, la cuestión se centra en determinar si de esta exclusión por falta de representatividad se derivó un daño o perjuicio valorable económicamente.

La Sala desestima esta pretensión resarcitoria, tanto por apreciar la inexistencia de mala fe en la exclusión debatida, toda vez que se derivó de la aplicación de los criterios y

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ámbitos de representatividad pactados y aceptados con anterioridad también por el sindicato actor, como por no acreditarse perjuicios reales valorables, “como podría haber sido la pérdida de afiliados o de electores”.

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de abril de 2003**, I.L. J 784, también analizada más arriba [VII.1.D)], en la que se reconoce la existencia de una lesión del derecho de libertad sindical de un representante de un sindicato, por la negativa empresarial a permitir su acceso al centro de trabajo para informar a los trabajadores, en su hora del desayuno, sobre el proceso de elecciones sindicales en marcha, desestima, no obstante, la pretensión indemnizatoria del sindicato actor, por entender que no basta para ello con la declaración de la vulneración del derecho de libertad sindical, sino que es preciso además que se aleguen “las bases y elementos clave de la indemnización”, que justifiquen su procedencia en el supuesto concreto, y que se acrediten, “cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”, circunstancias que se estima no han concurrido.

Respecto del plazo de ejercicio de la acción de tutela del derecho de libertad sindical, en un proceso en el que se impugna una decisión empresarial de movilidad geográfica de un miembro de un comité de empresa, que tras haber sido trasladado a una localidad a petición suya vuelve al centro de trabajo anterior por decisión de la empresa, sin expresa justificación, en el supuesto de la **STS de 18 de marzo de 2003**, I.L. J 478, se cuestiona el plazo de caducidad o prescripción de las acciones de impugnación de las decisiones empresariales de movilidad geográfica, dada la remisión que a tal efecto se establece en el proceso de tutela de libertad sindical, respecto del plazo de impugnación del acto pretendidamente lesivo de este derecho (art. 177.2 LPL). Reiterando la doctrina mantenida por la STS de 27 de diciembre de 1999, la Sala vuelve a declarar que el plazo de impugnación de las decisiones empresariales de movilidad geográfica débil o no sustancial, que no impliquen cambio de residencia del trabajador, es el general de un año del artículo 59.1 del ET, y no el de 20 días de los artículos 59.4 del ET y 138 de la LPL, previstos para la impugnación de traslados que impliquen un cambio de residencia.

En cuanto a la prueba de las conductas discriminatorias y lesiva de los derechos de libertad sindical, en el supuesto de la **STSJ de Madrid de 25 de enero de 2003**, I.L. J 282, también visto [VII.1.G)], se cuestiona la existencia de una lesión del derecho de libertad, causada por una decisión empresarial de movilidad funcional de una trabajadora y delegada sindical a la que destina a un centro de trabajo en condiciones precarias y con funciones devaluadas, desde el punto de vista de su prueba o acreditación en la instancia judicial. La Sala reconoce a este respecto la prevalencia de la valoración judicial de instancia, confirmada además por el criterio del Ministerio Fiscal, parte en los procesos de tutela de libertad sindical, con base en su imparcialidad y en su directa y conjunta apreciación de todos los elementos de convicción, y aprecia la existencia de indicios de represalia antisindical en la conducta de la empresa. En este sentido, deduce incluso de los términos utilizados por la empresa en su escrito de interposición del recurso la existencia de indicios de tal actuación lesiva, toda vez que en el mismo se alude a una “reacción empresarial bien que sin ánimo represivo”, lo que, a juicio de la Sala, supone que no hubo “una acción natural en el seno de una reorganización empresarial”, sino una reac-

ción, que “quiebra la obligación de neutralidad activa del empresario ante las actuaciones sindicales del personal representativo”.

Cabe destacar, por otra parte, que con carácter previo se estima la inexistencia de una situación de litisconsorcio pasivo necesario en relación con el sindicato al que pertenecía la trabajadora demandante, que había dimitido de su cargo representativo con anterioridad a la adopción de la decisión de movilidad cuestionada.

Por último, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de febrero de 2003, I.L. J 372, estima la excepción de falta de legitimación pasiva de la Administración autonómica demandada, en relación con una impugnación sindical de la constitución y de la composición de la denominada “Coordinadora de Consejería”, órgano de representación de los trabajadores de creación convencional, por considerar que la cuestión debatida constituye “un problema entre sindicatos”.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Órganos de representación

Las dos sentencias que en el período analizado tratan problemas directamente relacionados con los órganos de representación unitaria de los trabajadores, se refieren al Comité intercentros, una desde el punto de vista de sus competencias (STS de 24 de enero de 2003, I.L. J 19) y la otra desde el punto de vista de su composición (STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2003, I.L. J 646).

A partir de una regulación convencional (Convenio colectivo de grandes almacenes) que reconoce en favor del comité intercentros “las competencias previstas en los artículos 64 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, cuando las medidas o reivindicaciones afecten a más de un centro de trabajo”, y en una demanda de conflicto colectivo sobre reconocimiento de derechos de negociación, consulta e información en materia de distribución del tiempo de trabajo, la STS de 24 de enero de 2003, I.L. J 19, reconoce el derecho del referido órgano de representación de los trabajadores a la negociación de las modificaciones sustanciales de los horarios y a la consulta e informe previo para la elaboración del calendario laboral.

Respecto del derecho a negociar las modificaciones sustanciales de los horarios, su reconocimiento jurisdiccional se deriva de las previsiones de los artículos 41 y 64 del Estatuto de los Trabajadores, a los que se remite la referida previsión convencional, toda vez que el primero de estos preceptos contempla el horario y no el calendario entre los elementos de distribución del tiempo de trabajo susceptibles de modificación conforme al marco legal que regula, y el segundo de los preceptos citados no contiene previsión alguna sobre el particular.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

En cuanto al derecho de consulta e informe sobre la elaboración del calendario laboral, su estimación judicial se deriva de la previsión de la Disposición Adicional Tercera.A) del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, que reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores “a ser consultados por el empresario y emitir informe con carácter previo a la elaboración del calendario laboral a que se refiere el apartado 6 del artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores”, precepto legal que, por cierto, no reconoce tal derecho de consulta.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 2003**, I.L. J 646, estima que la determinación de la composición de un Comité intercentros, garantizando un representante por cada centro de trabajo y atribuyendo el resto, hasta el máximo legal de 13, en función del número de trabajadores que prestan servicios en cada uno de ellos, cumple con la exigencia de proporcionalidad establecida en el artículo 63.3 del ET, “porque son los diferentes comités de empresa surgidos de las elecciones los que eligen a los miembros que le corresponden en el comité intercentros, en atención al número de representantes que a cada centro le corresponde”.

Por otro lado, estima que la determinación de la composición del Comité intercentros constituye una regla sobre su funcionamiento que debe establecerse convencionalmente, por lo que la vía para su modificación no debe ser la judicial sino la negociación colectiva.

B) Derechos y garantías de los representantes de los trabajadores

Al igual que en el epígrafe anterior, también existe cierta coincidencia entre las sentencias que en el período de referencia tratan directamente los derechos y las garantías de los representantes unitarios de los trabajadores, puesto que las tres se refieren al crédito horario, si bien desde tres perspectivas diferentes y en algún caso originales. Así, la **STSJ de Asturias de 24 de enero de 2003**, I.L. J 308, analiza la sustitución, por decisión empresarial, de un día de crédito horario utilizado por otro de planificada libranza; la **STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 567, resuelve un problema de mantenimiento del crédito horario, previsto convencionalmente, en un supuesto de subrogación empresarial, y la **STSJ de Aragón de 7 de abril de 2003**, I.L. J 675, se cuestiona la posible duplicidad de créditos horarios, derivada de la doble posición de la entonces actora, como representante de los trabajadores y consejera de administración de una caja de ahorros.

La **STSJ de Asturias de 24 de enero de 2003**, I.L. J 308, estima la existencia de una vulneración del derecho de libertad sindical de una trabajadora, miembro del comité de empresa, a la que, tras solicitar y utilizar un día de su crédito horario para funciones representativas, se le asigna por su empresa un día de trabajo que previamente tenía establecido como libre, por entenderse que tal decisión no se adoptó “por necesidades de servicio sino como represalia por haber alterado el calendario de turnos, para las fechas de Semana Santa”. Una vez constatada y declarada la vulneración del derecho fundamental de la actora, y “Dado que en el caso que se enjuicia, ni se puede volver a la situación anterior, puesto que perdido, por trabajado el día 29 de marzo de 2002, no puede

recuperarse ese día de ocio, ni repararse sus consecuencias dañosas para la vida privada y familiar de la actora, la indemnización de los perjuicios se impone de forma obligada para que la lesión del derecho, previamente reconocida en la instancia, no quede vacía de contenido e impune para la empresa”, cuantificándose la misma en 300 euros.

En el supuesto de la **STSJ de Andalucía (Granada) de 11 de marzo de 2003**, I.L. J 567, se cuestiona el crédito horario que les corresponde a los representantes de los trabajadores de una empresa concesionaria del servicio de aguas de un ayuntamiento, subrogada respecto de este servicio en relación con los trabajadores del ayuntamiento en 1997, teniendo en cuenta, además, que en 2001 se publicó el nuevo Convenio de la empresa, diferente del aplicable en el ayuntamiento, y que en 2002 se celebraron elecciones a representantes de los trabajadores en la misma.

La Sala de Andalucía desestima la pretensión de los actores, representantes de los trabajadores en la empresa adjudicataria del servicio municipal de aguas, de que se les reconozca el crédito horario establecido en el Convenio colectivo del ayuntamiento, considerando que la garantía de mantenimiento de derechos establecida en el artículo 44 del ET para los supuestos de sucesión de empresas, en relación con el Convenio colectivo aplicable, sólo alcanza hasta la entrada en vigor o aplicación de otro Convenio en la empresa sucesora, sin que pueda pretenderse la aplicación de dos bloques normativos diferentes, ni el reconocimiento del crédito horario de los representantes de los trabajadores en un ayuntamiento a una empresa diferente y respecto de los representantes elegidos en ésta después de la subrogación.

Por último, la **STSJ de 7 de abril de 2003**, I.L. J 675, estima que una trabajadora que asume la doble condición de representante de los trabajadores (miembro del comité de empresa y delegada sindical) y consejera general de la caja de ahorros en la que presta servicios, tiene derecho a acumular a su crédito horario como representante de los trabajadores, el reconocido reglamentariamente en favor de los consejeros generales de la caja de ahorros que representan al personal, toda vez que se trata de créditos horarios diferentes que se derivan de actividades distintas, y que el reglamento de elecciones de órganos de gobierno de la caja de ahorros demandada precisa que “los Consejeros Generales en representación del Personal (...) gozarán de las garantías sindicales previstas en la normativa aplicable a los mismos, sin perjuicio de las que pudieran corresponderles por otras actividades”.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El proceso de conflicto colectivo: adecuación

Como viene siendo frecuente en los procesos de conflicto colectivo, son numerosas las sentencias que, con carácter previo a la resolución del problema de fondo debatido, se cuestionan la adecuación de esta modalidad procesal respecto de la pretensión sustanti-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

va de que se trate, y aunque es cierto que los criterios generales sobre la delimitación de este proceso (elemento subjetivo, constituido por la afectación de un grupo genérico y homogéneo de trabajadores, y elemento objetivo, constituido por la presencia de un interés indivisible respecto de tal grupo), son sobradamente conocidos (SSTS de 22 de marzo, 1, 6, 18, 22 y 25 de junio y 21 de julio de 1992, 27 de mayo de 1996, 19 de mayo de 1997, 2 de febrero y 12 de mayo de 1998, 17 de julio y 17 de noviembre de 1999, 28 de marzo y 12 de julio de 2000 y 26 de febrero de 2001, entre otras), no es menos cierto que esta cuestión se plantea con un elevado grado de casuismo, por lo que el interés de las nuevas resoluciones adoptadas sobre el particular viene dado más por el ejemplo individualizado que por la doctrina general mantenida. Tal es el caso, en este período, de la **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2003**, I.L. J 111, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de enero de 2003**, I.L. J 328, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de febrero de 2003**, I.L. J 375, la **STSJ de Asturias de 21 de febrero de 2003**, I.L. J 742, y la **STSJ de Murcia de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 588.

La **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2003**, I.L. J 111, estima que la pretensión de que se dicten “las normas por las que se ha de regir el proceso de selección para la contratación de personal y (se) arbitre(n) fórmulas que garanticen que el mismo se desarrolle y cumpla los objetivos que establece el artículo 103 de la Constitución Española”, no constituye una pretensión propia de un proceso judicial de conflicto colectivo, destinado a la interpretación y exigencia de aplicación de normas y no a su elaboración.

Por el contrario, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de enero de 2003**, I.L. J 328, estima la adecuación del proceso de conflicto colectivo para la impugnación de determinadas decisiones de una empresa (Caja Insular de Ahorros de Canarias) sobre contratación y promoción del personal, contrarias a lo establecido en Convenio colectivo, y la legitimación del presidente y de los secretarios del comité de empresa para ejercitar la correspondiente acción judicial, al haberse conferido tal facultad por el propio comité.

También la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 de febrero de 2003**, I.L. J 375, estima la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para la articulación de una acción destinada a la declaración de fijeza laboral de las relaciones de un grupo de monitores de las Escuelas Insulares de teatro de Canarias “toda vez que los monitores (elemento subjetivo) son un conjunto de trabajadores estructurado a partir de su propia homogeneidad, siendo su elemento objetivo el interés que se actúa en el conflicto, es decir que se declare que su relación laboral es indefinida con el Cabildo”.

Por su parte, la **STSJ de Asturias de 21 de febrero de 2003**, I.L. J 742, aplicando la doctrina mantenida por la STS de 18 de junio de 2001, con transcripción literal de su fundamento, estima que la impugnación de decisiones empresariales sobre modificación sustancial de funciones y de horario, establecidos en acuerdo colectivo, “puede llevarse a cabo por los trámites de conflicto colectivo, por así ordenarlo expresamente el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, y ello a pesar de que no se cumplan los requisitos procesales establecidos en el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral en cuanto a la afectación de intereses generales de un grupo indeterminado de trabajadores. En este

caso no se trata de un conflicto colectivo propiamente dicho, incardinable en las previsiones del Real-Decreto Ley de 4 de marzo de 1977, sino de una pretensión, cuyo ejercicio está referido por la Ley a los cauces de tal modalidad procesal”.

Finalmente, la **STSJ de Murcia de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 588, también declara, aunque de manera incidental, la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo en relación con una pretensión en la que se insta el reconocimiento del derecho de los trabajadores del servicio de limpieza y recogida de basuras y residuos sólidos del municipio de Murcia “a poder entregar los partes de baja y confirmación por Incapacidad Temporal a los encargados de grupo y en las instalaciones que la empresa dispone en los cuartelillos de zona”, frente a la decisión empresarial de que se entregasen a su Servicio médico, en las oficinas centrales, de lunes a viernes de 9 a 14 horas, cuando con anterioridad se venían entregando en los referidos cuartelillos, como consecuencia de los problemas de transporte y distancia de las oficinas de la empresa, puesto que con tal pretensión se trata de “remover los obstáculos impuestos por la empresa, para hacer viable y facilitar el cumplimiento de las obligaciones y derechos que les asiste a los trabajadores sobre la gestión de los partes de baja y alta médica”.

B) El proceso de conflicto colectivo: otras cuestiones procesales

En relación con los aspectos procesales del procedimiento judicial de conflicto colectivo y por alejarse de la cuestión relativa a su adecuación respecto de la pretensión de fondo suscitada, debe destacarse la **STS de 31 de enero de 2003**, I.L. J 27, referida a la delimitación del conflicto colectivo jurídico frente al conflicto de intereses, y también a la legitimación procesal activa de los sindicatos, ya vista [VII.1.F)]; la **STSJ de Aragón de 18 de febrero de 2003**, I.L. J 167, en la que se cuestiona la competencia de la jurisdicción social en relación con la impugnación de determinados acuerdos, posteriormente plasmados en normas reglamentarias, y la delimitación entre el proceso de conflicto colectivo y el de tutela de la libertad sindical, y la **STSJ de Navarra de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 594, relativa a la legitimación activa de los comités de distintas empresas, para la impugnación de una decisión de cierre del economato laboral de otra empresa, de la que los trabajadores de aquéllas eran beneficiarios, y a la legitimación pasiva de la representación de los jubilados de estas empresas, también beneficiarios del referido economato.

Como se vio más arriba [VII.1.F)], en el supuesto de la **STS de 31 de enero de 2003**, I.L. J 27, por la denominada “Alternativa Sindical de Trabajadores” (trabajadores afectados por el cambio del “Fondo Interno” de mejora de Seguridad Social de la empresa Telefónica que no se adhirieron al plan de pensiones) se plantea una demanda de conflicto colectivo en relación con la titularidad, sustitución y garantía de los derechos del referido “Fondo Interno”, cuestionándose en primer lugar la naturaleza y alcance del conflicto planteado, a efectos de determinar la competencia de jurisdicción. A este respecto, la Sala declara que la pretensión planteada cuestiona una práctica de empresa en relación con el litigioso “Fondo Interno”, así como su titularidad, gestión y contenido económico, en interpretación de instrucciones de la empresa, pólizas de seguro y previ-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

siones convencionales sobre el particular, por lo que estima que se trata de un conflicto jurídico y no exclusivamente económico o de intereses.

Por su parte, en el supuesto de la **STSJ de Aragón de 18 de febrero de 2003**, I.L. J 167, también vista [VII.1.C)], se cuestiona la competencia de la jurisdicción social y la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, en relación con la de tutela de la libertad sindical, respecto de una pretensión en la que se insta, en primer lugar, la declaración de la existencia de una lesión del derecho de libertad sindical por la ausencia de convocatoria de la Mesa Sectorial de Educación y la exclusión de la Federación de Sindicatos de Trabajadores de la Enseñanza de Aragón en determinadas conversaciones y consultas mantenidas entre la Administración educativa de esta Comunidad Autónoma y los sindicatos UGT, CCOO y CSIF y la Federación de Asociaciones de padres de alumnos, relativas al denominado “Plan de Apoyo a la Escuela Pública”, que posteriormente fueron plasmadas en una Orden de la referida Administración y en un anuncio de licitación de un contrato de servicios; instándose en segundo lugar la anulación de las actuaciones llevadas a cabo entre la Administración y las referidas organizaciones sindicales.

La Sala se cuestiona inicialmente su competencia de jurisdicción, toda vez que la pretensión puede afectar a las resoluciones de la Administración en las que se plasmaron las impugnadas conversaciones, y posteriormente la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo, en relación con la de tutela de libertad sindical. Sobre tales cuestiones, se reconoce la competencia de la jurisdicción social, en la medida en que se insta la nulidad de las actuaciones o negociaciones previas y no la de las posteriores resoluciones administrativas; y también la adecuación del proceso de conflicto colectivo, dado su más genérico alcance, respecto del proceso de tutela de libertad sindical, en relación con las pretensiones ejercitadas.

Por último, en el conflicto colectivo resuelto por la **STSJ de Navarra de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 594, se cuestiona la legitimación activa y la falta de acción de los comités de empresa de dos sociedades (“Alcoa Extrusiones, SL” y “Alcoa Arquitectura, SL”), en relación con la impugnación de la decisión de otra sociedad (“Vaw Inasa, SA”) de cerrar su economato laboral.

Teniendo en cuenta que las tres empresas citadas provienen de la escisión de otra sociedad, extinguida (“Inasa Reynolds, SA”), promotora inicial del economato litigioso, y que tras su división y sucesión se mantuvo el derecho al economato laboral, como consecuencia de la subrogación empresarial, y a pesar de que los trabajadores fueron adscritos a las nuevas sociedades y de que la gestión del economato fue atribuida a una sola de ellas, el TSJ de Navarra reconoce la correspondencia entre el ámbito de representación de los referidos comités de empresa y el ámbito del conflicto y desestima las excepciones opuestas, de falta de legitimación activa y de acción.

Por otro lado, una vez que también son beneficiarios del economato los trabajadores jubilados de las citadas empresas, se opone igualmente la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado a la representación o entidad garante de sus derechos. El TSJ de Navarra también desestima esta excepción, puesto que “no existien-

do ninguna Junta de Gobierno del Economato debe entenderse debidamente constituida la relación jurídico-procesal pues es en definitiva la empresa la única responsable y encargada de la gestión del economato”.

C) Huelga

Tan sólo la **STSJ de Aragón de 22 de enero de 2003**, I.L. J 186, se dedica a este tema en el período analizado, en relación con la facultad empresarial de determinar y concretar los servicios mínimos y de mantenimiento en caso de huelga, a falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores.

Partiendo de la imposibilidad de valorar la adecuación y la proporcionalidad de una decisión empresarial sobre fijación de servicios mínimos y de mantenimiento con posterioridad a la celebración de una huelga (la general de 20 de junio de 2002), en atención a su éxito o fracaso, y de la consecuente limitación del objeto de debate a la valoración de la eventual vulneración del derecho de huelga por la decisión empresarial sobre servicios mínimos, la **STSJ de Aragón de 22 de enero de 2003**, I.L. J 186, estima que esta decisión, que afectaba a nueve y ocho trabajadores (telefonía, asistencia técnica e informática, mantenimiento y vigilancia) de dos centros con plantillas de 188 y 105 trabajadores, respectivamente, habiendo sido secundada la huelga por la totalidad de los trabajadores, salvo los designados para tales servicios mínimos y de mantenimiento, no constituye una conducta que vulnere el derecho de huelga, teniendo en cuenta, además, que la empresa (de fabricación de grúas móviles y carretillas elevadoras) redujo el número de trabajadores afectados por su decisión tras negociar con el comité de empresa, y que en un informe solicitado a la Inspección de Trabajo no se tacha la medida de ilegalidad.

IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ

ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO

PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

- 1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento de negociación: comisión negociadora.**
- 3. Contenido “normativo” del convenio colectivo.** A) Alcance. B) Límites.
- a) En relación con la regulación de la contratación de duración determinada y una doble escala salarial. b) En relación con la retribución de las horas extraordinarias.
- 4. Ámbito funcional. 5. Concurrencia de convenios. 6. Extensión de convenios.**
- 7. Convenios “extraestatutarios”. 8. Impugnación “directa” del convenio colectivo.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se reseñan en los siguientes apartados las sentencias más destacadas en materia de negociación colectiva publicadas en los números 1, 2, 3 y 4 de 2003 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* de Lex Nova, en los que puede consultarse el texto íntegro de aquéllas. Tampoco en esta ocasión se descubren sentencias que establezcan soluciones novedosas; sin embargo, tal circunstancia no priva de todo interés a una parte de ellas, en la medida en que aportan precisiones que enriquecen la jurisprudencia construida hasta la fecha.

2. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN: COMISIÓN NEGOCIADORA

No afecta la válida constitución de la comisión negociadora (ni a la libertad sindical) el hecho de que una sección sindical oportunamente convocada deje de asistir (STS de 9 de abril de 2003, I.L. J 250). Tampoco el hecho de que no se haya admitido la presencia de un delegado sindical, en cuanto tal, cuando la negociación la llevan a cabo los órganos de representación unitaria (STSJ del País Vasco de 28 de enero de 2003, I.L. J 304).

3. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Alcance

Forma parte de él la cláusula sobre el “fondo social” contenida en el art. 27 del “II convenio colectivo de jugadores de baloncesto profesional”. En su virtud, agotada la duración del convenio y no habiendo excluido las partes que dicha cláusula pueda verse afectada por la ultraactividad, ésta ha de admitirse plenamente (STS de 29 de abril de 2003, I.L. J 531).

B) Límites

a) En relación con la regulación de la contratación de duración determinada y una doble escala salarial

Vulnera la legalidad y, en concreto, el art. 15.1.a) y b) ET, la cláusula del convenio colectivo que incluye entre los trabajos susceptibles de ser objeto de un contrato para obra o servicio determinado algunos que no encajan en la naturaleza de este contrato y son propios de situaciones en las que lo procedente es la celebración del eventual por circunstancias de la producción. Se pronuncia en tal sentido la STS de 7 de marzo de 2003, I.L. J 227, a propósito de la previsión convencional según la cual podría acudir al primero de los tipos de contratos mencionados “para atender la producción necesaria para cubrir los pedidos extraordinarios de Navidad o aquellas otras demandas no previstas de producción”. Para la Sala, semejante previsión infringe “una normativa estatutaria, cual es la reguladora de la contratación temporal que, si ha otorgado a la negociación colectiva unas posibilidades de concreción precisas, no permite estirarlas hasta aceptar que en convenio (...) se califique como contrato para obra determinada una modalidad de contratación que según el Estatuto no lo es”. Los términos del art. 15.1.a) ET, que recuerdan la posibilidad que tiene el convenio colectivo de identificar las actividades susceptibles de ser cubiertas mediante un contrato de obra o servicio determinado, no permiten incluir “dentro de esta modalidad contractual la del apartado b) del mismo precepto”.

Pero, además, según la misma sentencia, también vulnera la legalidad, por contradecir las exigencias del principio de igualdad, la cláusula que sujeta la percepción del complemento de antigüedad a distinto importe en función, exclusivamente (“sin que concurra ninguna otra motivación”), de la fecha de ingreso en la empresa.

b) En relación con la retribución de las horas extraordinarias

El carácter de derecho necesario absoluto de la regla según la cual la retribución de cada hora extraordinaria “en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria” (art. 35.1 ET) no es incompatible con la posibilidad de que por convenio colectivo se realice un tratamiento conjunto o global de ese concepto y de algún otro similar (en el caso de autos, las horas de presencia propias del sector de transporte; art. 8 RD 1561/1995, de 21 septiembre) no sujeto a un mínimo equivalente y cuya cuantía, por

VIII. Negociación Colectiva

lo tanto, podría quedar por debajo de la expresada. Si así fuese, el que el importe unitario asignado a ambos conceptos quede también por debajo no vulneraría aquella regla si se aprecia que la parte correspondiente a las horas extraordinarias, por el número de las realizables, claramente inferior al de las compensadas por el otro concepto, no va a ser inferior, dentro del conjunto de lo que va a percibir el trabajador, a la resultante de atender al valor de la hora ordinaria. Así, con alambicado razonamiento, **STS de 18 de marzo de 2003**, I.L. J 621, confirmando la STSJ de Baleares de 16 de abril de 2002, de la que se dio cuenta en esta misma revista, en el número 13.

4. ÁMBITO FUNCIONAL

El del convenio colectivo interprovincial de contratas ferroviarias se ciñe, exclusivamente, a las que tengan por objeto alguna de las actividades que relaciona su art. 2, entre las que no figura la de mantenimiento eléctrico en estaciones. La definición del ámbito funcional de dicho convenio atendiendo a la existencia de una contrata de alguna de las actividades que al efecto se identifican debe interpretarse restrictivamente en aras del respeto del principio de libertad de empresa; es de dudosa legalidad que la existencia de una contrata pueda tomarse por sí sola, cualquiera que sea su actividad, como criterio de delimitación del expresado ámbito funcional. Así, **STS de 3 de febrero de 2003**, I.L. J 41:

“La norma general para establecer la competencia funcional de un convenio colectivo es la actividad desarrollada en la empresa o, en otros términos, el sector en el que esté inserta la empresa que ha de estar afectada por sus mandatos. En cambio, por el convenio de contratas ferroviarias quedan obligadas empresas de diversos sectores de la producción y los servicios, por el hecho de prestarlos por contrata para empresas ferroviarias. Adscripción susceptible de generar alteraciones en el sistema de libre empresa por el que se mueven constitucionalmente las relaciones industriales en este momento histórico, al poder afectar los mandatos de ese convenio a quien no tuvo posibilidad legal de intervenir en su negociación. Conjunto de circunstancias que aconsejan que la interpretación que haya de hacerse de las normas convencionales que delimitan su campo de actuación haya de realizarse con criterio estricto, no susceptible de ampliar más allá la literalidad de sus términos.

Y, desde esta óptica, es indudable que las labores de mantenimiento eléctrico en estaciones no es (sic) actividad de las enumeradas en párrafo primero del artículo 2 del convenio de referencia (...). Las tareas enumeradas en dicho lugar constituyen un *numerus clausus* y no una enumeración abierta a posibles ampliaciones. No existe en el mandato convencional expresión alguna de la que pudiera derivarse tal ampliación, como hubiera sido de referirse a ‘actividades o servicios semejantes’. Ampliación que, por otra parte, hubiera sido de más que dudosa legalidad, pues supondría dejar abierta la posibilidad de aplicar el convenio a cualquier tipo de empresas, de cualquier rama de la producción o los servicios que, aun estando regida por convenio de su propio sector, contratara con empresa ferroviaria.”

5. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

La previsión contenida en el párrafo segundo del art. 84 ET es de derecho necesario y, por lo tanto, los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 de igual Texto legal no pueden impedir que un convenio posterior de ámbito inferior, pero superior al de empresa, pueda regular materias no comprendidas entre las listadas en el primero de los mencionados preceptos. Esos acuerdos interprofesionales y convenios colectivos que contempla el art. 83.2 ET, como es el caso de un convenio “general” del sector (derivados del cemento), de ámbito estatal, nada pueden hacer para evitar la apuntada concurrencia consentida por la norma estatal, que prevalece sobre aquéllos y contribuye a una descentralización de la negociación sobre las aludidas materias. Se explica entonces que sea nula e ineficaz la cláusula de dicho convenio “general” en virtud de la cual sus partes firmantes renuncian expresamente al ejercicio de la posibilidad que abre el párrafo segundo del art. 84 ET. Así, **STS de 27 de marzo de 2003**, I.L. J 490, reproduciendo la solución y términos de la sentencia de igual Tribunal y Sala de 22 de septiembre de 1998:

“El núcleo del debate se sitúa en torno a la conjugación que deba hacerse de los arts. 83 y 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, después de que éste fuera reformado por la Ley 11/1994; decíamos en nuestra anterior sentencia que el nuevo párrafo del artículo 84 ha venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles de ámbito reducido, estableciendo un sistema de negociación descentralizado que, de alguna manera restringe las facultades que el art. 83.2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales, en el sentido de que en ámbitos inferiores siempre que superen el nivel de empresa, puedan suscribirse pactos que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior. Como resultado de la reforma del art. 84.2 se da preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, de ámbito que rebasa el de la empresa, frente al superior anterior, en materias que no sean aquellas a las que se refiere el art. 84, significando las expresiones ‘en todo caso’ y ‘a pesar de lo establecido en el artículo anterior’, que emplea el art. 84, que se trata de cuestiones de derecho necesario y de obligado respeto por parte de todos los negociadores.”

“Como conclusiones a los anteriores razonamientos, procede reproducir las que constan en la sentencia de esta Sala ya aludida anteriormente, y que se proponen así:

a) La extensión y vigencia aplicativa del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores han quedado sensiblemente reducidas por mor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 84, pues ya no alcanzan a aquellos convenios y acuerdos colectivos que, siendo de ámbito inferior a los pactos a que alude este art. 83.2, tienen un radio de acción superior a la empresa.

b) Ahora bien, las reglas que se contienen en estos preceptos son de una marcada complejidad, lo que significa que no todos los convenios de ámbito superior a la empresa e

VIII. Negociación Colectiva

inferior al de los contemplados en el art. 83.2 quedan fuera del alcance de este último artículo; puesto que para que tal exclusión se produzca es necesario además que el convenio cumpla los requisitos que determina el comentado párrafo segundo del art. 84, y también que la regulación contenida en el mismo no se refiera a ninguna de las materias que se reseñan en el párrafo tercero de dicho 84.

c) Ello supone que las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las que tienen por objeto la solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, establecidas en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que alude el art. 83.2, tienen plena fuerza vinculante en relación con los siguientes convenios colectivos comprendidos dentro del ámbito de aquéllos:

– Los convenios de empresa o de ámbito inferior a la empresa.

– Los convenios de ámbito superior a la empresa que no reúnan los requisitos que exige el párrafo segundo del art. 84.

– Los convenios de ámbito superior a la empresa, aunque cumplan las exigencias de dicho párrafo segundo del art. 84, en cuanto traten de la regulación de las materias a que se refiere el párrafo tercero de tal precepto.

d) En consecuencia, y por el contrario, las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios, estatuidas en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2, carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios colectivos que, encontrándose en el radio de acción de los anteriores, son de ámbito superior a la empresa y cumplen los demás requisitos que impone el párrafo segundo del art. 84, siempre que sus normas no traten sobre las materias mencionadas en el párrafo tercero de este precepto.

e) Debe insistirse en que el precepto que contiene el párrafo segundo del art. 84 es de derecho necesario, lo que significa que no puede reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan.”

6. EXTENSIÓN DE CONVENIOS

Procedimiento. El art. 92.2 ET exige que la resolución administrativa de extensión venga precedida del previo informe de una comisión paritaria integrada por representantes de las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales más representativas existentes en el ámbito al que haya de extenderse el convenio, no de los empresarios individualmente considerados. La inexistencia de las aludidas asociaciones empresariales hace inexistente el trámite (STS de 17 de enero de 2003, Sala tercera, I.L. J 75).

7. CONVENIOS “EXTRAESTATUTARIOS”

Sobre la prioridad aplicativa del convenio estatutario posterior que mejora la regulación de condiciones de trabajo contenida en uno “extraestatutario” anterior, derivada de la naturaleza obligacional de éste, que lleva a su encaje dentro de lo dispuesto por el art. 3.1.c) ET, **STS de 18 de febrero de 2003**, I.L. J 598. Para la Sala, la circunstancia indicada conduce a la nulidad sobrevenida de las cláusulas del convenio “extraestatutario” que incorporan esa regulación menos favorable y contraria a lo dispuesto en el convenio estatutario posterior (en el caso de autos, la regulación en cuestión versaba sobre los salarios):

“No es posible una equiparación absoluta de ambas especies de pactos puesto que, dada su peculiar naturaleza y proceso que se sigue para la negociación, [los “extraestatutarios”] no tienen fuerza normativa, sino únicamente obligacional entre quienes lo conciertan y sus representantes, y si eso es así, en el orden jerárquico de la relación laboral previsto en el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores, el puesto que corresponde al pacto colectivo extraestatutario será, sin duda, el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito subjetivo no sea el individual propiamente dicho.”

“(…) un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual, como expresión de la voluntad de las partes y fuente de los derechos y obligaciones que integran la relación laboral, de modo que carecen de virtualidad en lo que respecta a las cláusulas y condiciones que impliquen, en perjuicio de los trabajadores, posiciones menos favorables que las establecidas en disposiciones de superior rango, legales, reglamentarias o convencionales, y eso es justamente lo que se dice en el art. 3.1.c) al condicionar la validez de la voluntad de las partes manifestada en el contrato, a que su objeto sea lícito ‘y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados’. La conclusión que se obtiene con ese razonamiento es que el pacto extraestatutario no puede contradecir las cláusulas del convenio colectivo de eficacia general, en perjuicio de los trabajadores”.

“(…) los salarios pactados en el convenio colectivo estatal de eficacia general son superiores a los que contiene el pacto extraestatutario impugnado, de manera que éste ha de ceder a favor de aquél en la regulación que contiene de la retribución del trabajo en las tablas salariales, lo que comporta la anulación que se solicita en la demanda (...)”.

8. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

Aun tratándose de un convenio colectivo del personal laboral de un Ayuntamiento, carece de legitimación para impugnarlo por los trámites del proceso de conflicto colectivo el

VIII. Negociación Colectiva

Delegado del Gobierno en la correspondiente Comunidad Autónoma, que no figura entre los sujetos a los que el art. 163.1.a) LPL atribuye la expresada legitimación (órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas”). Así, **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de febrero de 2003**, I.L. J 177, que apunta, además, la también falta de legitimación de la Administración del Estado para impugnar de oficio un convenio como el indicado (de una Administración cuyo ámbito no sobrepasa el de la Comunidad Autónoma) y que ésta únicamente podría instar tal impugnación de la autoridad laboral competente (la autonómica, por mediar transferencia de la correspondiente competencia):

“Si bien los arts. 63 a 68 del Texto refundido de la ley reguladora de las Haciendas Locales regulan de forma extensa la legitimación de la Administración del Estado para la impugnación de actos, acuerdos y resoluciones de las Administraciones Locales, lo cierto es que, sin necesidad de entrar a examinar la naturaleza de convenio colectivo y del acto del Ayuntamiento que lo aprobó (...), no puede aceptarse la tesis sustentada por la recurrente, y ello porque el art. 163 de la Ley Procesal Laboral enumera, de forma taxativa, quiénes sean los legitimados activamente para la impugnación de un convenio colectivo, limitando tal posibilidad a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales (en el supuesto de que la impugnación se fundamente en la ilegalidad del convenio), y a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado (cuando la impugnación se debiera a la lesividad del convenio); si partimos del hecho indiscutido de que la impugnación deducida por el Abogado del Estado no se basó en momento alguno en la existencia de grave daño para los intereses de la Administración del Estado sino que se concretó en la existencia de conculcación de la legalidad [por contrariar el límite máximo de incremento retributivo previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, con expreso acogimiento al apartado a) del art. 163 de la Ley Procesal Laboral], fácilmente puede concluirse que carece de legitimación activa quien no es ni órgano de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicato o asociación empresarial interesada, sin que en contra de tal conclusión quepa esgrimir la amplia legitimación reconocida en la Ley de Bases de Régimen Local, pues son dos cosas bien distintas el que a la Administración del Estado le corresponda velar, con la correspondiente legitimación activa, por la adecuación a la legalidad de los actos y resoluciones de la Local y que para el ejercicio de tal control se conceda legitimación en todo tipo de procedimientos, pues, sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva, la legitimación de la Administración del Estado puede verse constreñida en determinados procedimientos, cual el de impugnación de convenio colectivo, a los supuestos legalmente previstos [cual el de lesión grave para los intereses de terceros –art. 163.1.a) de la Ley Procesal Laboral–], sin que resulte lícito que la Sala, alterando la causa de pedir, entre a examinar si concurren o no los requisitos de lesión grave de los intereses de tercero, en un supuesto en que el Abogado del Estado basó su pretensión, sólo, en la ilegalidad del convenio por conculcar el principio de jerarquía normativa, sin efectuar mención alguna a la existencia de la indicada lesión ni, lo que resulta decisivo, a que ésta, caso de existir, fuera de la importancia exigida por la Ley Procesal, máxime cuando en la modalidad procesal que nos ocupa la argumentación del porqué de la lesividad y su gravedad constituyen exigencias del art. 163.3 en relación con el 162.b) de la Ley Procesal Laboral, constituyéndose así en una excepción

al art. 80 del citado texto legal, en el que, en principio, no se requiere que la demanda contenga fundamentación jurídica.

A lo expuesto debe añadirse que la Autoridad Laboral legitimada para la impugnación del convenio no es otra que la competente, es decir, aquella que así esté establecida por la ley, según el ámbito de aplicación del convenio, con lo que tal condición nunca podría reconocerse, en supuesto de convenio de una Entidad Local, en la Administración del Estado, al haberse transferido las competencias en la materia a la Junta de Castilla y León, y no sobrepasar el ámbito de aplicación del convenio el territorio de la Comunidad, todo ello, claro está, sin perjuicio del derecho que asiste a la Administración del Estado para instar de la Autoridad Laboral competente la impugnación de oficio del convenio, sin límite temporal y aunque el convenio ya se haya registrado y publicado.”

No se aparta de la anterior solución, en relación con la impugnación, también por ilegalidad, del convenio para el personal laboral de una Diputación provincial y de sus organismos autónomos llevada a cabo por la Abogacía del Estado, que actúa instada por el Delegado del Gobierno, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de abril de 2003**, I.L. J 783. Tampoco lo hace la **STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2003**, I.L. J 657, en relación con la impugnación, en esta ocasión por lesividad, del convenio colectivo de un Ayuntamiento; así como la **STS de 9 de abril de 2003**, I.L. J 248, en relación con la impugnación, por ilegalidad, de un convenio suscrito por el Gobierno de una Comunidad Autónoma. Al igual que la referida STSJ de Andalucía, la del TS también tiene oportunidad de señalar que la autoridad laboral legitimada para la impugnación de oficio del convenio es, exclusivamente, la competente para su registro y depósito:

“El Abogado del Estado trae (...) a un primer plano la cuestión de la legitimación de la Administración del Estado para promover un procedimiento de la naturaleza del presente y, sin duda, ante la ausencia de una norma que de manera expresa le atribuye legitimación para interponer una demanda impugnando un convenio colectivo, pone un énfasis especial en su interés legítimo en que la pretensión sea atendida (...).

Como línea de principio y punto de arranque bastaría decir que, tal como está redactada la demanda, debiéramos ceñir nuestro análisis al art. 163 de la Ley de Procedimiento Laboral, que es el expresamente invocado en el encabezamiento de la demanda, es decir, habría que comprobar si entre los legitimados para impugnar directamente un convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, por los trámites de conflicto colectivo –al que también acudió el demandante– figura la Administración del Estado, lo que evidentemente no sucede cuando el convenio es atacado por causa de ilegalidad, para lo que únicamente están legitimados los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas. La lista es cerrada, hasta el punto de que ningún otro sujeto, aunque acredite interés en ello, puede promover este tipo de procesos. Esta consideración bastaría para dejar zanjada la cuestión, dado que el art. 163 de la Ley de Procedimiento Laboral citado no otorga legitimación a autoridad alguna, ni estatal ni autonómica.

VIII. Negociación Colectiva

Lo que sucede es que la demanda, aunque en ella no se haga cita expresa del mismo, está dando a entender que el concepto de autoridad laboral debe situarse con carácter preeminente en el ámbito competencial de la Administración del Estado, pero resulta que ni se han seguido los trámites del art. 161 de la Ley de Procedimiento Laboral ni puede, por tanto, presumirse que estemos ante una impugnación causada de oficio por una autoridad, aunque no sea la laboral, en el marco de dicho precepto, ni tampoco en el del art. 90.5 del Estatuto de los Trabajadores. De manera inequívoca se dice en el escrito inicial del proceso, y se reitera ahora de nuevo, que la pretensión de impugnación del convenio colectivo se instrumenta por el cauce del conflicto colectivo y que la legitimación del demandante habrá de ser contrastada con las disposiciones del art. 163 de la Ley de Procedimiento Laboral (...).

Al margen del art. 163 de la Ley de Procedimiento Laboral no puede acreditar legitimación el Abogado del Estado en la representación que ostenta; fuera de los supuestos específicos de legitimación para accionar por causa de ilegalidad frente a un convenio colectivo, que es de lo que se ocupa el citado precepto, en el mismo sentido que lo hace el art. 90.5 del Estatuto de los Trabajadores, la ley atribuye legitimación para impugnar los convenios colectivos estatutarios a la autoridad laboral, que no es identificable con la Administración del Estado en general, como el recurrente pretende. Los arts. 89 y 90 del Estatuto de los Trabajadores establecen la necesidad de que se cumplan determinados requisitos de registro y depósito de los convenios colectivos de trabajo, y a tal efecto el art. 1 del RD 1040/1981, de 22 de mayo, creó, al lado del Registro Central de Convenios Colectivos en la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, un Registro de convenios en cada una de las Delegaciones de Trabajo 'y en las sedes de las autoridades laborales de las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en materia de convenios colectivos de trabajo'. La transferencia de competencias a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de ejecución de la legislación laboral del Estado, 'asumiendo las facultades y competencias que ostenta actualmente el Estado respecto a las relaciones laborales', consta en el art. 12.2 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, que aprobó el Estatuto de Autonomía del País Vasco. Por su parte el RD 2209/1997, de 7 de septiembre, sobre transferencia de competencias de la Administración del Estado al Consejo General del País Vasco en materia de trabajo, dispone en su art. 10.1 que dicho Consejo ejercerá las competencias del Ministerio de Trabajo en materias de convenios colectivos.

De todas esas disposiciones se deduce que la autoridad laboral a que se refiere el art. 161 de la Ley de Procedimiento Laboral, para dotarla de legitimación en orden a impugnar de oficio un convenio colectivo estatutario, es precisamente la que tiene competencia para el registro y depósito de convenios colectivos, esto es, la autoridad laboral que en este caso concreto, dado que el convenio colectivo impugnado no rebasa en su ámbito territorial el de la Comunidad Autónoma, es sin duda el Consejo General del País Vasco o el organismo o la autoridad que tenga en dicho territorio atribuida la competencia, que resulta ser el Director de Trabajo y Seguridad Social, pues fue quien dictó la resolución ordenando la inscripción y la publicación del convenio.

Al margen de esas normas no acredita legitimación el demandante, pues en el art. 23 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración

General del Estado, que también se cita en el recurso, no figura entre las competencias reconocidas a los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas la de impugnar convenios colectivos de ámbito alguno, y en la demanda afirma el Abogado del Estado que actúa por orden del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Con lo que venimos diciendo se evidencia el acierto de la sentencia recurrida al negar legitimación al demandante para impugnar el convenio colectivo, decisión que se mantiene sin que con ello se llegue a crear, como en el primer motivo del recurso se sostiene, ‘una categoría de normas que vienen a ésta inmunes al control judicial y, sobre todo, conculca el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva’, pues no es ése el resultado al que se llega al confirmar la sentencia, ya que el convenio colectivo no está bloqueado frente al control judicial, pues lo que sucede es que el legislador ha previsto una modalidad procesal específica a este fin y ha designado en lista cerrada los sujetos legitimados para iniciar el proceso, entre los que no figura la Administración del Estado, como venimos diciendo.

Pone el Abogado del Estado especial acento en el interés legítimo de su representada para el ejercicio de la acción; no se niega, en principio, esa posibilidad, pero el factor no es bastante por sí solo para legitimar a la Administración en este caso; si ciertamente entiende que le asiste el derecho legítimo que pueda haber sido conculcado o vulnerado por el convenio colectivo, el ordenamiento jurídico pone a su alcance la vía de impugnación por causa de lesividad grave, prevista en el propio art. 163 de la Ley de Procedimiento Laboral, tantas veces citada.”

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

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

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

8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. 9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones. 10. Asistencia sanitaria.

A) Reintegro de gastos médicos. B) Titulares de la asistencia sanitaria. 11. Incapacidad temporal. A) Dinámica de la prestación. B) Incapacidad temporal y regímenes especiales. 12. Maternidad. 13. Regímenes especiales. 14. Infracciones y sanciones.

15. Procesos de seguridad social.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se analizan las sentencias contenidas en los números 1 a 4 de 2003 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1 a J 805).

1. FUENTES

No hay jurisprudencia en la materia.

2. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

En la STS de 15 de abril de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 258, resolviendo recurso de casación para la unificación de doctrina, entiende que debe casarse y anularse la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 15 de junio de 2002, en la que se resuelve que no debe incluirse en el Régimen Especial del Mar a una serie de trabajadores que efectuaban labores de estiba portuaria, por el hecho de realizarlas por cuenta de una sociedad privada, y no de una Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba. Al respecto el TS, confirma la tesis mantenida en la sentencia de contraste (STSJ de Galicia de 27 de octubre de 2001) en la

que se establece que los estibadores portuarios tienen prevista su afiliación al Régimen Especial del Mar, con independencia de que presten o no sus servicios para una empresa Estatal de Estiba y Desestiba o para una empresa privada sin aquella condición.

Reiterando una vez más el alcance de la aplicación en el tiempo de la doctrina mantenida en STS de 29 de octubre de 1997, Sala Cuarta, con relación al alta de oficio en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos respecto al supuesto de un subagente de seguros, pueden consultarse las sentencias, **STS de 20 de enero de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 3; **STS de 3 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 42; **STS de 12 de febrero de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 53; **STS de 7 de abril de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 247; **STS de 25 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 625. Para el caso de un “agente afecto de seguros”, **STS de 18 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 236.

En la **STS de 18 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 620; **STS de 19 de febrero de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 39, en un supuesto en el que se plantea si administrador societario puede mantener o no una jornada a tiempo parcial con la empresa, se reitera doctrina ya mantenida por este mismo tribunal, respecto a que la asimilación de los administradores societarios a trabajadores por cuenta ajena es una ficción legal al solo efecto de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, circunstancia esta por la que no se les puede aplicar las consecuencias derivadas de un contrato a tiempo parcial derivadas del art. 12 del ET a efectos de cotizaciones. Se reitera en los supuestos analizados, que la normativa que regula la relación del administrador societario (Ley de Sociedades Anónimas) no contiene ninguna referencia a la jornada del administrador, por tratarse de una actividad que por su propia naturaleza no está sometida a límites temporales, en principio, salvo que conste que desarrolla otras actividades similares en otras empresas, circunstancia que no se da en el caso.

4. GESTIÓN

Incompetencia de la jurisdicción laboral por considerar que concurre un asunto de gestión recaudatoria. Renuncia de la empresa a su colaboración voluntaria en la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Tras la renuncia de la empresa, la Tesorería, en aplicación de lo establecido en el art. 14.6 de la Orden de 25 de noviembre de 1996, exige a ésta la liquidación en el plazo de tres meses de las operaciones relativas a la colaboración, ingresando, en su caso, a la Tesorería General de la Seguridad Social los excedentes que de ésta resulten. La empresa demandante alega, por el contrario, que del balance de su colaboración voluntaria no resulta ningún excedente a favor de la Tesorería. El Tribunal en la **STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2003**, I.L. J 126, considera –al igual que el fallo de la sentencia recurrida del Juzgado de lo Social– que la jurisdicción laboral no es competente en este supuesto ya que, siendo necesaria e indiscutida la aplicación del art. 14. 6 de la Orden de 25 de noviembre de 1996, se debate sobre una cuestión económica, propiamente de recaudación. Reitera el Tribunal la doctrina vertida en unificación de doctrina por la STS de 28 de enero de 1997 que aprecia

IX. Seguridad Social

incompetencia de la jurisdicción social en los casos en que la recaudación controvertida en nada afecte a la existencia, contenido y cuantía de una concreta prestación de la Seguridad Social.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la **STS de 10 de febrero de 2003**, I.L. J 081, admite la cuestión de ilegalidad presentada por un Juzgado de lo contencioso-administrativo contra dos preceptos del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, regulador del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, conforme a la redacción del RD 497/1986, de 10 de febrero. En ambos preceptos, se fijan los efectos de la baja del trabajador por cuenta propia en caso de comunicación tardía el último día del mes natural en que el interesado hubiere comunicado la baja. Solicita el Juzgado de lo contencioso-administrativo la declaración de ilegalidad de estos preceptos reglamentarios por conculcar el art. 41 CE y los arts. 2 y 15 de la LGSS. El Tribunal Supremo resume la evolución normativa de esta regulación que parte de una noción material en la redacción inicial del RD 2530/1970 de forma que la extinción de la obligación de cotizar cesaba cuando dejaban de concurrir las condiciones determinantes de inclusión del trabajador en el RETA. Con posterioridad, tras la modificación dada por el RD 497/1986, de 10 de febrero, se impone la tesis formalista que añade la carga de comunicar formalmente la baja para la extinción de la obligación de cotizar.

Finalmente los RRDD 2064/1995, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Cotización y Liquidación y el 84/1996, de 26 de enero, que aprueba el Reglamento General sobre Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores de la Seguridad Social, derogan los Capítulos II (Afiliación, altas y bajas) y IV (Cotización y recaudación), del RD 2530/1970. Quedan derogados, en consecuencia, los preceptos cuestionados.

Pese a la derogación el Tribunal Supremo entiende que subsiste el objeto de recurso en tanto que “no puede descartarse una eventual aplicación del reglamento impugnado en función del tiempo que estuvo vigente hasta su definitiva derogación”. Estima finalmente la cuestión de ilegalidad al considerar que los preceptos reglamentarios son contrarios a los arts. 7.1.b), 15.2 y 106 LGSS en tanto que proyecta la obligación de cotizar a quienes por disposición legal han dejado de estar incluidos en el ámbito del Régimen Especial y han perdido, consecuentemente, el derecho a las prestaciones y a la cobertura del riesgo por haber cesado en la actividad desarrollada como trabajadores autónomos.

5. FINANCIACIÓN

No hay jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Cómputo de cotización para determinar el período de cotización por desempleo. La fecha válida para el cómputo de cotizaciones en supuesto de extinción de la relación

laboral por Auto judicial es el de la fecha de dicha resolución y no la fecha de su notificación. El Tribunal en la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de febrero de 2003**, I.L. J 764, entiende que si el art. 279.2.c) LGSS señala que la obligación del pago de salarios de tramitación sólo alcanza hasta la fecha del auto de extinción de la relación laboral, no subsiste tal obligación, y en consecuencia tampoco la de cotizar, en el período comprendido entre la fecha del auto y su notificación. Desestima, por tanto, la pretensión de la parte actora de manera que no son computables tales cotizaciones a efectos de alcanzar los 360 días de cotización exigidos como período de carencia para acceder a la prestación contributiva de desempleo (art. 210 LGSS).

En la **STS de 14 de febrero de 2003**, I.L. J 337, el trabajador, que había desarrollado actividades en España y Alemania susceptibles de estar incluidas en el Régimen Especial de Trabajador del mar, demanda al Instituto Social de la Marina por disconformidad con la base reguladora y con el cálculo de la *pro rata temporis*. Consta como probado que el actor acreditó en España 1.413 días cotizados en diversos períodos comprendidos entre 1958 y 12 de junio de 1974. Emigrado a Alemania, acredita cotizados 8.670 días entre 1968 y 1993. Tras la percepción de la prestación por desempleo “exportada” y del subsidio como emigrante retornado solicita la pensión de jubilación. Por resolución del Instituto Social de la Marina, la Seguridad Social española se hizo cargo del 14 por ciento de la base reguladora obtenida de las bases actualizadas correspondientes al período comprendido entre junio de 1966 y mayo de 1974. En unificación de doctrina, el Tribunal Supremo trata las alegaciones respecto de la determinación de la base reguladora y del cálculo de la *pro rata temporis*. En relación al primer aspecto, el recurrente solicita en base al art. 45.1 del Reglamento 1408/71/CE, de 14 de junio y del art. 25.1.b) del Convenio sobre Seguridad Social suscrito entre España y Alemania de 1974 que se tengan en cuenta para el cálculo de las bases reguladoras las bases reales de cotización en el Estado miembro en que estuvo cotizando durante los últimos años de su vida laboral y, si éstas excedieran de las máximas españolas, que se tomen éstas.

Desestima el Tribunal esta pretensión en base a la doctrina del Tribunal Supremo iniciada en la STS de 15 de octubre de 1993 y reiterada en numerosos pronunciamientos (entre otras, las recientes STSS de 28 de mayo y de 21 de octubre de 2002), que establece la aplicación preferente del art. 25.1.b) del Convenio Hispano-Alemán sobre el Anexo VI.D.4) del Reglamento 1408/71/CE. Esta aplicación preferente viene motivada por ser la regulación del Convenio más beneficiosa en relación con el Derecho Comunitario por lo que el cálculo de la base reguladora se realiza a partir de las bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador en España.

En cambio, el Tribunal Supremo sí que estima la pretensión del actor de que a efectos del cálculo de porcentaje se incorporen los períodos de cotización reconocidos por la Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18 de enero de 1967 que en relación con el Régimen Especial de Trabajadores del Mar prevé bonificaciones por razón de la edad del trabajador en 1 de agosto de 1970. Este reconocimiento viene dado en el art. 46 del

IX. Seguridad Social

Reglamento 1408/71 CE que reconoce los períodos de cotización o seguro reconocidos por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro. El Tribunal Supremo reitera la doctrina ya defendida en la STS de 9 de octubre de 2001, según la cual las cotizaciones previstas reconocidas por la aplicación de la escala de abonos de los años de cotización en tanto que son cotizaciones asimiladas a la afectivamente realizadas para un determinado período de la carrera de seguro de un trabajador. En este caso el Tribunal entiende que no cabe hablar de “cotizaciones ficticias” sino cotizaciones estimadas las cuales por su alejamiento en el tiempo presentan sin duda dificultades de prueba.

En base a estos mismos argumentos, se desestima, en cambio, la pretensión del actor de que se incluyese en el cálculo del porcentaje la rebaja de la edad de jubilación prevista en el art. 4 de la Orden de 17 de noviembre de 1983, en atención a la naturaleza excepcionalmente penosa e insalubre de determinados trabajos de la marina mercante. Recoge también los criterios empleados en la STS de 9 de octubre de 2001 la cual denegaba esta pretensión por entender que estas bonificaciones en relación a la actividad desarrollada son cotizaciones completamente ficticias pues “no obedecen a ninguna presunción de la realidad y ni siquiera son anteriores al hecho causante, pues se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de la pensión a recibir”. Siguiendo las pautas de esta doctrina, el Tribunal Supremo desestima esta concreta pretensión.

7. RECAUDACIÓN

Destacar durante este período la persistencia de jurisprudencia en torno al alcance temporal del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, que cuenta con un claro criterio en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo. Así, baste recordar que la apreciación jurisprudencial de equidad por la que se reducía el plazo de prescripción a tres meses, se mantiene para aquellas cantidades debidas anteriores al 1 de enero de 1998; para el resto, la solución es clara a la luz del Reglamento de Recaudación: debe aplicarse el nuevo plazo de 4 años sin posibilidad de apreciar la excepción de equidad (STS de 2 de enero de 2003, u.d., I.L. J 1; STS de 10 de abril de 2003, u.d., I.L. J 510.)

Por otra parte puede destacarse como, según STS de 30 de enero de 2003, I.L. J 26, el INSS no puede, al cumplir sentencia en la que se reconoce al ejecutante la prestación de invalidez, deducir de la misma cantidad alguna por el cobro del subsidio de desempleo agrario, independientemente de su posible incompatibilidad, de la que nada se ha manifestado en el juicio previo y sobre la que no existe ninguna otra decisión administrativa o judicial. Para que prospere la compensación en ejecución de sentencias es preciso que, según establece el art. 557.2 LEC, el crédito “resulte del documento que tenga fuerza ejecutiva”.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

En la STSJ de Navarra de 24 de marzo de 2003, I.L. J 595, se enjuicia un supuesto en el cual el marido de la actora, solicitante de una pensión de viudedad, falleció por infarto subagudo de miocardio. Sin perjuicio de la doctrina del Tribunal Supremo que incardina los fallos cardiacos, vasculares o circulatorios en el concepto de lesión corporal del art. 115.1 LGSS, en el caso enjuiciado no se puede establecer relación de causalidad pues no se ha acreditado que el mismo se produjera o desencadenara como consecuencia del trabajo, añadiéndose a ello la circunstancia de su producción en un día en el que no desarrollaba actividad laboral alguna. También producido en el lugar de trabajo, pero acreditando la relación de causalidad, aun con predisposición a padecer este tipo de dolencias, pues no se ha acreditado la inexistencia de factores de origen laboral: STSJ de Murcia de 20 de enero de 2003, I.L. J 140. A pesar de que no conste que se estuviera realizando cometido laboral alguno, extremo que se considera irrelevante a efectos del art. 115.3 LGSS: STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de febrero de 2003, I.L. J 178.

Por otro lado, en la STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2002, I.L. J 709, se solicita también pensión de viudedad derivada de accidente de trabajo, demanda que se desestima puesto que, a pesar de que el ataque epiléptico causante de la muerte se produjo en el lugar de trabajo, mientras se prestaban los servicios, dicha dolencia no posee relación alguna con el trabajo, ni se desencadenó o agravó por la prestación laboral, habiéndose destruido la presunción que establece el art. 115 LGSS (en sentido similar: STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2003, I.L. J 117).

Por su parte, la STS de 30 de mayo de 2003, u.d., I.L. J 787, considera inexistente de contenido casacional el recurso, entendiéndose que no hay accidente de trabajo en el caso en el cual el marido de la actora sufrió un infarto de miocardio mientras conducía su vehículo desde el domicilio hasta su lugar de trabajo. Entiende que, para que se produzca la asimilación de accidente de trabajo sufrido *in itinere*, debe suceder un accidente en sentido estricto: lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo.

No se considera accidente de trabajo el infarto de miocardio producido en el domicilio y fuera de horas de trabajo, aun cuando el proceso se iniciara en el centro de trabajo y acabara en dicha manifestación posteriormente, quedando acreditado el nexo causal entre actividad laboral y lesión sobrevenida (STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2003, I.L. J 216).

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

Según la STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2003, I.L. J 118, el principio de automatización de las prestaciones no resulta aplicable a una prestación de un trabajador que en el momento de actualizarse la contingencia se encuentra fuera del sistema por falta de alta,

IX. Seguridad Social

por más que se produzca el ingreso de las cuotas por efectos de la actividad inspectora y en consecuencia se produzca la correspondiente contribución y financiación del sistema protector de la Seguridad Social. Entiende el Tribunal, siguiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, que además tal principio de automaticidad no alcanza en las contingencias comunes, aunque sí que procede la responsabilidad subsidiaria del INSS, como garante último de la prestación, en caso de que el principal obligado no proceda al pago de la prestación; tal y como ocurre en el caso de autos al estar ante un caso de incumplimiento empresarial. En parecidos términos la **STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2003**, I.L. J 120, y la **STSJ de Galicia de 31 de enero de 2003**, I.L. J 397.

El supuesto que enjuicia la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 27 de enero de 2003**, I.L. J 134, analiza un supuesto en el que dos Mutuas Patronales se suceden en el tiempo en la gestión y cobertura de las contingencias comunes de una empresa, con la particularidad de que una trabajadora a los pocos días de causar baja por incapacidad temporal cesa en su relación laboral con la empresa de tal suerte que cuando la nueva Mutua asume la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal dicha trabajadora ya no estaba empleada por la empresa a ella asociada. Para resolver el supuesto el Tribunal hace hincapié en que el sistema de Seguridad Social no está informado de los mismos principios que el seguro mercantil porque no es un sistema individual y de capitalización sino general y solidario de tal suerte que las cotizaciones actuales están destinadas a financiar la cobertura de las contingencias de todo el colectivo asegurado por lo que resulta irrelevante quién fuera la Mutua patronal que percibió la contraprestación económica, es decir, la cotización por la trabajadora en cuestión ya que lo decisivo es si ésta cuando causó baja por incapacidad temporal por enfermedad común tenía derecho a percibir las correspondientes prestaciones del sistema de Seguridad Social. A mayor abundamiento precisa el TSJ que, según el art. 71.1 del Real Decreto 1993/1995 las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social cuando asumen la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes lo hacen “con igual alcance que las Entidades Gestoras de la Seguridad Social”.

Conforme a la legislación vigente cuando se causa derecho a una prestación por contingencias profesionales, la responsabilidad se imputa a la Mutua o a la empresa que colabora en la gestión. Esta imputación se rige por dos parámetros: uno, en caso de imputarse a la empresa la responsabilidad, la prestación ha de ser adelantada por la Mutua; y otro, que la Mutua puede subrogarse en el derecho de repetición. Así, cuando se trate de un descubierto de cuotas entre en juego el principio de subrogación a través del extinto Fondo de Garantía de Accidente de Trabajo que ha sido asumido por el INSS al desaparecer aquél. Sin embargo, esta lectura ha sido corregida recientemente por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2002, según indica la **STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 2003**, I.L. J 430, al establecer que cuando se trata de pago delegado y éste no se efectúa, el pago del subsidio corresponde directamente a la Mutua, sin que tenga responsabilidad el INSS que lo es para el caso de insolvencia del empresario. En el caso que enjuicia la sentencia se está ante un supuesto en el que la empresa se deduce la prestación de los boletines, pero no abona al trabajador cantidad alguna (pese haber cobrado ya dichas cantidades de la Muta). Por lo que en realidad se está ante un supuesto de

responsabilidad penal o administrativa por parte de los Administradores de la empresa y que la Muta, o en su caso, el INSS, podrían efectuar alguna acción ante la jurisdicción correspondiente.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de febrero de 2003**, I.L. J 550, analiza la responsabilidad respecto del pago de una prestación por desempleo ante una situación de impago de cotización empresarial, señalando que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo en los supuestos de responsabilidad empresarial debe diferenciarse entre incumplimientos empresariales transitorios o que pudiera ser ocasionales o esporádicos y aquellos otros que por su trascendencia debieran valorarse como rupturistas en cuanto expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar. Quedando el empresario exonerado de responsabilidad en el primer caso, pero no el segundo. Este criterio ha sido completado con el de proporcionalidad en la responsabilidad cuando el descubierto de cotización no ha sido en atención al tiempo sino a la cuantía de la infracotización, de forma que no sólo se libera de responsabilidad a la empresa cuando los descubiertos son ocasionales, sino que cuando se la ha de imputar responsabilidad por descubiertos reiterados (sen temporales o por infracotización) se hace responsable a la empresa y a la entidad gestora pero en proporción a la influencia que el defecto de cotización ha tenido sobre la cuantía de la prestación. Por otro lado, según señala el Alto Tribunal cuando la ponderación de responsabilidad empresarial afecta al reconocimiento del derecho a la prestación, porque éste depende de la cobertura de un determinado período de carencia, la responsabilidad tiene que vincularse a un incumplimiento con trascendencia en la relación jurídica de protección, de forma que la falta de cotización imputable al empresario impida la cobertura del período de carencia exigido. En el caso de autos la falta de cotización empresarial impide al trabajador completar el período de ocupación cotizada y por consiguiente incide directamente en el reconocimiento del derecho a la prestación, por lo que ha de declararse la responsabilidad empresarial en el abono de tal prestación, sin perjuicio del deber de anticipo de la entidad gestora.

La cuestión que analiza en unificación de doctrina el Tribunal Supremo en su **STS de 6 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 614, se refiere a la responsabilidad por reintegro de prestación indebida (incapacidad permanente parcial) que fue abonada por una Muta de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales en cumplimiento de una resolución administrativa. La condición de prestación indebida sobrevino por el reconocimiento en vía judicial, a instancia del beneficiario, y por idénticas dolencias y secuelas de lesiones, de una pensión de incapacidad permanente total. Lo que la sentencia resuelve es si, una vez afirmada la responsabilidad directa de la Mutua, el INSS y la TGSS deben responder subsidiariamente frente a ésta, en el supuesto que en el beneficiario no reintegre la prestación que ha resultado indebida. Concluye el Tribunal que la falta de reintegro de la prestación devenida indebida a cargo del beneficiario desencadena la responsabilidad subsidiaria de las entidades gestoras de Seguridad Social frente a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales que efectuó el pago de la prestación en cumplimiento de la resolución administrativa que la motivó, en atención a que las

IX. Seguridad Social

entidades gestoras tienen una función de “fondo de garantía salarial” de la Seguridad Social frente a las mutuas patronales; función que estaba prevista en el art. 144.3 LGSS de 1974, previsión que, por otro lado, no resultó ser derogada por el RD de 1974 2609/1982, de 24 de septiembre.

La STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2003, I.L. J 639, analiza un supuesto de responsabilidad en el que una empresa cotizó por la contingencia de accidente de trabajo conforme a un epígrafe que no era el que le correspondía por su actividad. Para el Tribunal el supuesto enjuiciado no constituye en puridad un supuesto de infracotización que comportaría la responsabilidad de la empresa; y ello porque, los supuestos de infracotización implican que se cotice por salario inferior al real. Si bien es cierto que en el supuesto de autos se cotiza por un epígrafe distinto al que correspondería incidiendo en el abono de una cuota menor; dicha situación sólo afecta a la relación empresa-Mutua y no perturba al trabajador asegurado, por lo que la responsable del pago de la prestación es la Muta y no la empresa.

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Reintegro de gastos médicos

Según la STSJ de Navarra de 28 de febrero de 2003, I.L. J 159, no procede el reintegro de gastos sanitarios en aquellos casos en que el enfermo es trasladado al centro sanitario público en ambulancia a petición propia o de sus familiares, al no encontrarse amparados los hechos en una patología que requiera una asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, al no haber sido indicado por servicio médico alguno el traslado y no habiendo sido tampoco solicitada autorización previa, por lo que no concurren los requisitos de la “urgencia vital”.

La STSJ de Andalucía de 8 de enero de 2003, I.L. J 180, declara la nulidad de la sentencia de instancia, en un procedimiento en que se ejercitaba una acción de reintegro de gastos que pretendía el resarcimiento de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria dispensada en EEUU, asistencia que se pretendió justificar con documentos que aparecen redactados en inglés, sin que los mismos hubieran sido traducidos.

En la STSJ de Asturias 31 de enero de 2003, I.L. J 312, la cuestión litigiosa se circunscribe en determinar si el beneficiario de la Seguridad Social, cuando no está de acuerdo con el modelo o prótesis que le asigna la Mutua obligada a prestar la asistencia, tiene derecho de reintegrarse el importe de aquella que considere más ajustada a sus necesidades y de la que se provee fuera del sistema, y la respuesta es negativa, al exigir la normativa de aplicación, una negativa de la Mutua, o una urgencia vital, situaciones no presentes en el caso de autos.

La STSJ de Galicia de 18 de enero de 2003, I.L. J 386, entiende que cabe el reintegro de gastos sanitarios por concurrir la necesidad que tenía el actor de recibir una asistencia

sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, al haber sido trasladado tras el accidente de trabajo a un sanatorio privado por los miembros de protección civil, habiendo sido intervenido de urgencia. Según la Sala, el hecho de que transcurriera un lapso de tiempo mayor o menor entre el momento del accidente y el del ingreso en el sanatorio, no resulta relevante.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 2003, I.L. J 551, señala que no opera el reintegro de gastos en el caso de autos puesto que no toda urgencia es de carácter vital, porque ésta se caracteriza por estar en riesgo la vida del enfermo. El actor en ningún momento se dirigió a la entidad gestora solicitando que se le dispensara el tratamiento que finalmente se le practicó en el hospital privado, por lo que tampoco existió denegación injustificada.

B) Titulares de la asistencia sanitaria

La STSJ de Castilla y León de 21 de enero de 2003, I.L. J 133, extiende la asistencia sanitaria al marido de la actora, que es pensionista de jubilación de la Mutuality de Previsión de los Procuradores de los Tribunales, y que no celebró el concierto necesario con la Seguridad Social. La normativa de Seguridad Social aplicable extiende la cobertura de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los residentes en territorio nacional cuyos recursos económicos sean iguales o inferiores en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional, como sucedía en el caso de autos.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

La STS de 24 de febrero de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 65, establece en un supuesto de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, la responsabilidad subsidiaria del INSS en el pago de la prestación y en caso de insolvencia de la empresa o Mutua, al ser una responsabilidad *ex lege*.

Según la STSJ de Andalucía de 28 de enero de 2003, I.L. J 95, aunque la relación de la actora con la empresa fuese ininterrumpida desde 1997, dicha relación engloba dos *status* jurídicos distintos: el primero eventual en un Hospital, y el segundo interino, concluyendo el primero por renuncia de la demandante, de ahí que los subsidios de incapacidad por enfermedad profesional tenga que percibirlos en el puesto de trabajo en que se desencadenó la contingencia, y si en el segundo puesto no está previsto el prorrateo de atención continuada, durante los tres meses anteriores a la baja, la actor *ano* tiene derecho alguno a este concepto.

La STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2003, I.L. J 118, señala que pese a que en los supuestos de incumplimiento empresarial de falta de alta o de cotización, surge la res-

IX. Seguridad Social

ponsabilidad de la empresa y no de la Entidad Gestora en orden al pago de las prestaciones, en el caso de autos no cabe extender dicha responsabilidad a la empresa cuando ésta cotizó por la trabajadora el mes completo, incluido el período que estuvo de baja la trabajadora, y subsanando los días en descubiertos debido a un error administrativo, debiendo asumir la entidad gestora el pago directo de la prestación de incapacidad temporal.

En la **STSJ de Castilla y León de 27 de enero de 2003**, I.L. J 134, la cuestión a dilucidar es cuál de las dos Mutuas Patronales que sucesivamente han asumido la gestión y cobertura de las contingencias comunes viene obligada a seguir abonando las prestaciones correspondientes a la trabajadora. En el caso de autos, la trabajadora, a los pocos días de causar baja por incapacidad temporal, cesó en su relación laboral con la empresa, de tal suerte que cuando el 1 de enero de 2002, la mutua recurrente asumió la cobertura de la prestación económica de dicha trabajadora, no estaba ya empleada por la empresa asociada para la cobertura de dicha prestación. La Sala, amparándose en el art. 87 de la LGSS concluye que la misma obligación tiene la Mutua recurrente, al tener vigente el convenio de asociación en la fecha en que la trabajador fue repuesta a la situación de incapacidad temporal.

La **STSJ de Andalucía de 4 de febrero de 2003**, I.L. J 152, reconoce el derecho a la prestación de incapacidad temporal si en un primer proceso de incapacidad temporal no había carencia, pero sí si existía en el segundo, aun cuando sea por la misma enfermedad, recidiva, y aun cuando no hayan transcurrido, pues, seis meses, no pudiendo fijarse el hecho causante en la primera baja, sino que ha de fijarse en la segunda.

En la **STSJ de Madrid de 31 de enero de 2003**, I.L. J 289, el tema litigioso consiste en determinar si el complemento por incapacidad temporal en accidente laboral previsto en el convenio colectivo, y que incluía el concepto “salario real”, incluía o no la parte proporcional de pagas extraordinarias, y la Sala entendió que nos encontramos ante una mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social, por lo que requiere de la existencia de un pacto expreso donde se haga referencia a la inclusión en dicha mejora de las pagas extras, no existiendo el mismo.

Según la **STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2003**, I.L. J 349, ante un supuesto de pluriactividad, derivada del ejercicio de dos actividades completamente diferentes (una de las cuales exige esfuerzo físico y otra es totalmente sedentaria), es lógicamente posible y congruente con el propio concepto de incapacidad temporal, que unas dolencias incapaciten para el ejercicio del trabajo que se desarrolla en un régimen, y las mismas dolencias permitan la realización de la actividad profesional objeto del otro.

Según la **STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 2003**, I.L. J 430, cuando se trate de descubiertos de cuotas, entra en juego el principio de subrogación a través del extinguido Fondo de Garantía de Accidentes de trabajo que ha sido asumido por el INSS al desaparecer aquél. Cuando se trata de pago delegado y éste no se efectúa, el pago del subsidio corresponde directamente a la Mutua, sin que tenga responsabilidad el INSS, que lo es para el caso de insolvencia de la empresa. En el caso de autos, la empresa dedujo la pres-

tación de los boletines, pero no la abonó al trabajador, debiendo percibirlo de la Mutua, por lo que señala que estamos ante una responsabilidad penal o administrativa de los Administradores, y que la Mutua en su caso el INSS podrá hacer efectiva. La Sala condena a la empresa demandada, anticipando la Mutua y con absolución del INSS.

En la **STS de 2 de abril de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 497, el debate gira en torno a un problema básico consistente en decidir si el empresario que en su condición de pagador delegado, abona a sus trabajadores la prestación económica por incapacidad temporal, sin cerciorarse previamente de si el perceptor reúne las condiciones necesarias para beneficiarse de la prestación, debe hacer frente al reintegro de las prestaciones cuando sea interpelado por el INSS y la Sala entiende que sí, puesto que el deudor es el INSS, y al empresario se le asigna un papel secundario, de simple pagador delegado, y que además ni directa o indirectamente se lucra de manera indebida de cantidad alguna, sin que tenga que responder por un tercero.

Según la **STSJ de Cataluña de 28 de abril de 2003**, I.L. J 714, el abono de la prestación económica de incapacidad temporal no está condicionado a la previa solicitud. Se hace efectivo una vez presentados los correspondientes partes médicos de baja y confirmación.

B) Incapacidad temporal y regímenes especiales

Según la **STS de 20 de enero de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 4, no se devenga la prestación por incapacidad temporal en los 90 días siguientes a la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, pero cabe, no obstante, mantener el percibo de la prestación que se viniese cobrando en el momento de la baja.

Según la **STSJ del País Vasco de 14 de enero de 2003**, I.L. J 294, el hecho de que la Entidad Gestora no pidiese al recurrente la subsanación en la solicitud defectuosa del subsidio de incapacidad temporal, no enerva la aplicación de la normativa. De modo que si la Administración hubiese pedido al solicitante que subsanase su solicitud irregular, no por ello la prestación se hubiese podido retrotraer antes de un mes de la fecha de petición, de manera que, no estando entonces de baja laboral, tampoco podría devengarse subsidio alguno.

12. MATERNIDAD

Según la **STSJ de Cataluña de 12 de marzo de 2003**, I.L. J 644, el art. 133 ter TRLGSS remite al art. 124.1 del mismo texto legal donde se exige como requisito para obtener las prestaciones de estar en alta o en situación asimilada. Se ha de considerar en situación de asimilación al alta la situación en la que se encuentra la actora que fue declarada en situación de incapacidad permanente total en virtud de una sentencia de instancia y

IX. Seguridad Social

durante el período que pasa hasta que se revoca esta sentencia ha dado a luz un hijo y conocida la sentencia solicita su reincorporación a la empresa pero, encontrándose en período de descanso por maternidad permaneció en baja hasta agotar éste. Por su parte, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2003, I.L. J 112, establece que no puede negarse que la trabajadora cumple el requisito de alta o asimilación la alta durante el período en que se encuentra con derecho a salarios de tramitación después de un despido nulo.

En la STS de 5 de mayo de 2003, I.L. J 791, la cuestión que se plantea es determinar el alcance del subsidio por maternidad para las adopciones múltiples en aquellos supuestos en los que aún no había entrado en vigor la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que entró en vigor la día siguiente de su publicación. No se puede aplicar la Ley 39/1999 porque el hecho causante se produce con anterioridad a la entrada en vigor de la norma. Respecto del subsidio no había laguna legal en la Ley 13/1996 que permitiese la aplicación analógica del art. 2.3 de la Orden de 13 de octubre de 1967 que al no referirse a la adopción no resulta aplicable al caso planteado.

Para la STSJ del País Vasco de 21 de enero del 2003, I.L. J 297, a la trabajadora se le puede aplicar el art. 29.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen especial para trabajadores autónomos y que dice que los trabajadores que causen baja en el Régimen especial quedarán en situación de asimilación al alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja a efectos de poder causar derecho a las prestaciones. Éste era el caso de trabajadora que por problemas de embarazo pasó a una IT por enfermedad común, siendo perceptora de la correspondiente prestación a pesar de haberse dado de baja en el IAE y en RETA por cese de actividad.

Según la STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2003, I.L. J 700, por aplicación de los arts. 48.4 ET y 133 bis LGSS, la opción a favor del padre sólo se puede hacer en este caso porque la madre no cumple los requisitos previstos por la norma de ser trabajadora por cuenta ajena.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de los Empleados de Hogar

En la STSJ de Cantabria de 22 de enero de 2003, I.L. J 410, se revisa la actuación de la tesorería que dio de baja en este régimen a una trabajadora basándose en la solicitud que en tal sentido le formuló el cabeza de familia para el que constaba que prestaba servicios a tiempo completo, sin que se cursara comunicación a la trabajadora. De acuerdo con lo que preceptúa el reglamento de afiliación, la solicitud en el modelo oficial realizado por la empleadora dentro del plazo reglamentario permite a la Tesorería cursar tal baja, sin perjuicio de que subsista la obligación de cotizar si en realidad la prestación de servicios no hubiera finalizado, por lo que no habiéndose probado tal continuidad, se desestima la pretensión de anulación de tal baja. Sin embargo, resulta llamativo que la sentencia aluda a que tratándose el acto de la Tesorería de una revisión de un derecho (el encua-

dramiento) debía haberse notificado a la persona interesada la iniciación del procedimiento ofreciéndole la posibilidad de presentar alegaciones, y constatada tal omisión, seguidamente se niega la nulidad por no haberse producido indefensión de clase alguna para la trabajadora, y ello en base a que la trabajadora “no especifica en qué haya consistido la supuesta merma de su capacidad de defensa”.

Régimen Especial Agrario

La **STSJ de Murcia de 3 de febrero de 2003**, I.L. J 317, enjuicia un supuesto en el que se pone de relieve la dualidad de sistemas de protección por la contingencia de desempleo que existía en este Régimen antes de la aprobación del RD-L 5/2002, de 24 de mayo, según fueran los trabajadores fijos o eventuales, ya que estos últimos no se hallaban protegidos, salvo el especial sistema que se aplicaba únicamente en dos Comunidades Autónomas. El recurrente intenta modificar los hechos declarados probados para que se le considere como trabajador fijo, tras lo que procedería a reclamarse la responsabilidad empresarial por impago de las cotizaciones por desempleo, sin perjuicio del anticipo automático de la prestación por la entidad gestora. El Tribunal no aprecia que de los documentos obrantes en el expediente pueda desprenderse tal conclusión, sino más bien la contraria, por lo que confirmado el trabajador en la calificación de eventual se le deniega la prestación por desempleo que pretendía.

En la **STS de Galicia de 28 de febrero de 2003**, I.L. J 612, se contempla una vez más el estricto criterio que rige para el encuadramiento en este régimen al exigir que las labores agrícolas sean medio esencial de vida, y presumirse que no lo son cuando el cónyuge sea titular de un establecimiento mercantil. Tal presunción admite prueba en contrario, sin embargo en el caso enjuiciado no fueron aportados elementos cuantitativos de las rentas obtenidas que permitieran enjuiciar su importancia en la economía familiar, y constando el domicilio en zona urbana y la calificación de buena parte de las fincas poseídas como de “matorral”, el Tribunal deniega el encuadramiento en el REA. De forma similar se deniega en encuadramiento en este Régimen en la **STSJ de Asturias de 14 de febrero de 2003**, I.L. J 740, al apreciarse irrelevancia económica de las rentas agrarias obtenidas y notable lejanía del domicilio con la explotación agraria que se dice explotar como medio esencial de vida.

Según la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de enero de 2003**, I.L. J 731, las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores al alta no surten efecto alguno en cuanto al cálculo de prestaciones, ya que no puede extenderse a este Régimen lo preceptuado en la Disposición Adicional Novena de la LGSS para las altas formalizadas en el RETA a partir del 1 de enero de 1994. Debe notarse que, si bien en esta sentencia se cita y se reproduce el art. 6 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, no se realiza mención alguna al apartado cuarto del artículo único de la Ley 20/1975, de 2 de mayo, que extendió tales efectos retroactivos de las cotizaciones extemporáneas al REA sin límite alguno.

IX. Seguridad Social

Régimen Especial de la Minería del Carbón

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de febrero de 2003, I.L. J 173, recuerda la importante diferencia que existe en la jubilación de quienes se hallen comprendidos únicamente en el campo de aplicación de este Régimen Especial, y la de quienes se hallen asimismo en otro régimen del sistema de Seguridad Social; en este último caso los períodos trabajados en la minería del carbón servirán para la reducción de la edad de jubilación en ambos regímenes pero no para el cálculo del porcentaje aplicable a la base reguladora en regímenes distintos al de la Minería.

Régimen Especial de Trabajadores del Mar

El Tribunal Supremo en la STS de 31 de marzo de 2003, I.L. J 494, analiza un supuesto en el que un trabajador de este régimen solicitó su jubilación cuando aún no tenía cumplidos los 60 años, amparándose en los coeficientes que anticipan la edad pensionable para quienes en este régimen hayan desempeñado determinados puestos de trabajo. Tal posibilidad está reservada a quienes se hallen en alta o situación asimilada, y hallándose el actor en situación de incapacidad permanente, no era posible acceder a su petición. Distinto hubiera sido el caso de hallarse encuadrado en el Régimen Especial de la Minería del Carbón en el que sí se contempla tal asimilación al alta, pero no es el caso presente ni en el Régimen General.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

No existe jurisprudencia en la materia.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La STSJ de Cataluña de 27 de enero de 2003, I.L. J 126, considera que la jurisdicción laboral resulta incompetente, al tratarse de una cuestión recaudatoria, para conocer de aquellos supuestos litigiosos suscitados entre la TGSS y los empresarios, una vez cesada su colaboración voluntaria sobre la prestación de IT derivada de contingencias comunes, derivados de la correspondiente liquidación, por cuanto lo discutido o debatido es una cuestión económica.

Siguiendo su doctrina anterior, la STS de 17 de marzo de 2003, u.d., I.L. J 471, considera que, al no tratarse de un tema de gestión recaudatoria en sentido estricto, sino actividad próxima a ella y con efectos similares, corresponde su conocimiento al orden social de la jurisdicción el litigio sustanciado entre sacerdotes secularizados, a los que se reconoce una pensión de jubilación mejorada, y el INSS, que considera que para obtener dicha mejora deben abonar el correspondiente capital coste. Ello es así puesto que, desde un punto de vista conceptual, lo que deben abonar los interesados no es equivalente a las cuotas que corresponden a los tiempos que se les reconoce como cotizados (STS de 18 de marzo de 2003, u.d., I.L. J 237); no son propiamente cotizaciones porque

se refieren a un momento en el que no había obligación ni posibilidad de cotizar (STS de 20 de marzo de 2003, u.d., I.L. J 239; también: STS de 12 de febrero de 2003, u.d., I.L. J 336).

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) Jubilación anticipada. 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. **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) Prestaciones a 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 1 a 4 de 2003 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1 a J 805).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

Es sobradamente conocido, como requisito indispensable para tener derecho a la prestación por desempleo, el hecho de que el cese en el trabajo que origine tal prestación no dependa de la voluntad del trabajador.

Pues bien, éste es el criterio utilizado por el tribunal en la *STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2003*, I.L. J 114.

La cuestión se centra en determinar si el trabajador tiene derecho a extinguir el contrato de trabajo por la vía del artículo 41.3 ET cuando la empresa le modifica sustancialmente el contrato de trabajo en materia de funciones y salario.

El artículo 41 ET en sus apartados a), b) y c), se refiere a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo referidas a jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos. En estos casos, el artículo 41.3 ET permite que si el trabajador resultase perjudicado por dicha medida, pueda dar por resuelto su contrato de trabajo con derecho a obtener una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de nueve mensualidades de indemnización, sin necesidad de impugnarla judicialmente. Por tanto, en el resto de los casos recogidos por el artículo 41 ET, entre los que se encuentra el que ha dado origen a este pronunciamiento judicial, el trabajador afectado puede optar entre aceptar la modificación propuesta por la empresa aviniéndose a las nuevas condiciones de trabajo, o bien impugnarla judicialmente para obtener una sentencia que la declare injustificada, o bien, si la modificación va en contra de su formación profesional o afecta a su dignidad, dándose los supuestos del artículo 50 del propio ET, solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo por causa imputable a la empresa, teniendo derecho a una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades.

En el caso resuelto en la sentencia, el trabajador no impugna la decisión empresarial, por lo que tratándose de una modificación sustancial, que no afecta a las funciones laborales, se está ante un cese en el trabajo voluntario y por tanto no apto para la consecución

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de la prestación de desempleo, por no estar en situación legal de desempleo [artículo 208.1.1.e) LGSS], sino ante una dimisión o cese de la relación laboral sin causa suficiente que la justifique.

Se plantea en la **STS de 24 de febrero de 2003**, I.L. J 225, si deben reconocerse las prestaciones por desempleo a un trabajador que cesa voluntariamente en un trabajo por tiempo indefinido y es contratado, sin solución de continuidad, por otra empresa con contrato temporal, a cuyo término solicita las prestaciones.

El problema está en decidir si la contratación encadenada de contrato indefinido y contrato temporal, puede ser calificada de fraudulenta. Como es sabido, el fraude de ley no se presume por lo que el mero encadenamiento de ambos contratos no puede ser calificado, sistemáticamente de acto en fraude de ley.

La no presunción de fraude de ley, 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 no excluye la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones, y este criterio es el tenido en cuenta por el Tribunal Supremo en este caso para entender la existencia de fraude de ley. En el mismo sentido se pronuncia en la **STS de 6 de febrero de 2003**, I.L. J 332. A esta misma conclusión se llega en un caso similar en los supuestos resueltos por las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2003**, I.L. J 546 y de **Cataluña de 26 de marzo de 2003**, I.L. J 659 y 660).

En la **STSJ de Cataluña de 11 de febrero de 2002**, I.L. J 351; la cuestión reside en determinar si los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado se encuentran en situación legal de desempleo cuando son despedidos por causas objetivas al cesar definitivamente la cooperativa en su actividad, sin que se hubiere tramitado expediente administrativo por la autoridad laboral para constatar la existencia de situación legal de desempleo, ni se haya tampoco interpuesto demanda judicial por la extinción en estas circunstancias de la relación laboral.

En el caso de cese definitivo de la actividad por causa económica, tecnológica o de fuerza mayor, será necesario que la existencia de tales causas sea debidamente constatada por la Autoridad Laboral a través de la tramitación de un expediente administrativo, por tanto, no basta la simple comunicación de la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo por parte de la empleadora sino que es necesaria la expresa declaración de situación legal de desempleo por la autoridad laboral competente, de forma que sin este requisito no puede acceder a las prestaciones de desempleo el socio trabajador que ni tan siquiera ha impugnado judicialmente el cese de la actividad de la cooperativa que se produjo sin tramitar el pertinente expediente administrativo al efecto.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

En la **STSJ del País Vasco de 21 de enero de 2003**, I.L. J 300, la cuestión litigiosa se centra sobre si el importe de la prestación contributiva de desempleo depende, en el caso

del desempleo parcial, de la reducción salarial padecida por el trabajador o de la reducción porcentual de la jornada laboral.

El Tribunal realizando una interpretación literal de los artículos 203.3 LGSS “el desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada ordinaria de trabajo, al menos en una tercera parte, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción” y 204.2 LGSS “el nivel contributivo tiene por objeto proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada” concluye que ha de entenderse a la repercusión salarial que la reducción de jornada genera, para así reconocer el importe de la prestación contributiva por desempleo que ha de lucrar el trabajador afectado.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 28 de enero de 2003**, I.L. J 135, se centra en determinar si ostenta o no derecho a la prestación por desempleo aquel trabajador que ve extinguido su contrato de trabajo cuando él se encuentra en situación de incapacidad temporal y posteriormente pasa a situación de incapacidad permanente total.

El artículo 221.2 LGSS dispone la incompatibilidad entre el percibo de la prestación por desempleo y el disfrute de cualquier otra que no hubiera sido compatible con el trabajo que originó la situación de desempleo. Sin embargo, la incompatibilidad no debemos entenderla como impedimento para el reconocimiento sino como prohibición de percepción simultánea de determinadas prestaciones, como por ejemplo, la de desempleo y la de incapacidad permanente total, que tienden a compensar la pérdida de ingresos consecuencia de la extinción de contrato de trabajo.

La situación legal de desempleo, en el caso resuelto por la sentencia nació el día del reconocimiento al trabajador de su situación de incapacidad permanente y por tanto el trabajador tendrá derecho a la prestación por desempleo, pero con la limitación resultante de descontar, del período total a reconocer, el tiempo transcurrido entre que pudo ejercitar el derecho y el día de la solicitud efectiva ante el INEM.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

a) Requisitos generales

Uno de los supuestos de extinción del derecho al subsidio por desempleo es el rechazo de una oferta de empleo adecuada, con base en el artículo 213.1.b) LGSS, y éste es el precepto alegado por la **STSJ de Murcia de 13 de enero de 2003**, I.L. J 139, para proceder a la extinción del subsidio por desempleo del actor, el cual rechazó una oferta de empleo alegando que estaba enfermo, sin constar que estuviese de baja médica, ni que

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

se hubiese impugnado el alta acordada en su momento, sin que tampoco pueda utilizarse como causa justificativa el hecho de haber presentado demanda sobre incapacidad permanente total, o subsidiariamente parcial.

Entender lo contrario supondría dejar al arbitrio del trabajador la decisión sobre su capacidad laboral, la que debió acreditarse por otros medios y referidos al momento en el que se alegó la existencia de enfermedad.

¿Qué ocurre cuando la actora pierde un trabajo a tiempo parcial seguido de otro a tiempo completo y solicita el subsidio por desempleo? Éste es el caso resuelto por la **STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de marzo de 2003**, I.L. J 565. En el caso concreto la actora prestó servicios durante seis meses en virtud de un contrato a tiempo parcial a razón de cuatro horas diarias, y posteriormente en virtud de un contrato a tiempo completo durante diez días, a cuyo término solicitó el subsidio por desempleo, siéndole concedido en cuantía igual al 50 por ciento de la base reguladora computable por las específicas circunstancias concurrentes en los dos períodos de prestación de servicios.

Según el Tribunal el tema hay que enfocarlo desde la perspectiva de considerar que el legislador lo que ha querido es conceder el subsidio no conforme a la cuantía de lo cotizado, sino atendiendo a lo que se pierde, es decir, un trabajo a tiempo completo o un trabajo a tiempo parcial. La actora, en este caso, accede al subsidio tras la pérdida de un trabajo a jornada completa, luego la cuantía a la que tiene derecho no puede ser otra que la que la ley establece para estos casos, es decir, una cantidad igual al 75 por ciento del SMI, excluida la parte proporcional de las gratificaciones extraordinarias.

En el cómputo de rentas para tener derecho al subsidio por desempleo han de computarse los ingresos íntegros o brutos del trabajador y no los ingresos netos, de manera que debe denegarse el subsidio a quien acredita más del 75 por ciento del SMI como “ingresos individuales”. **STSJ de Cataluña de 25 de abril de 2003**, I.L. J 712.

b) Beneficiarios

b') Subsidio de prejubilación

En el caso resuelto por la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 3 de enero de 2003**, I.L. J 98, se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por la actora frente a la sentencia de instancia en la que se revocaba la concesión del subsidio por desempleo y se requería la devolución de la cantidad recibida como tal, como indebidamente percibida.

Según la sentencia, partiendo de los hechos declarados, procede estimar el recurso. Los hechos declarados son los siguientes; la actora expone el percibo de 45.636 pesetas mensuales durante 1999, y 51.952 pesetas mensuales durante el año 2000, cantidades inferiores al 75 por ciento del SMI previsto para esos años. Asimismo, expone que solicitó el complemento de mínimo de la pensión de clases pasivas a favor de familiares en el mes de noviembre de 2000 que le fue reconocido, con carácter retroactivo al año de 1999, en enero de 2001.

El INEM decide revocar el subsidio por desempleo como consecuencia de que el posterior reconocimiento del complemento a mínimo da lugar a que los ingresos de la actora excedan de los límites establecidos en la LGSS.

El TSJ de Canarias, entiende que la resolución del INEM es contraria a derecho, pues no puede ser objeto de revocación el reconocimiento de un subsidio por desempleo en virtud de hechos posteriores a su concesión, dándole carácter retroactivo. Según el tribunal, debería haber sido el Organismo competente (INSS), el que hubiera reclamado de oficio la devolución de los complementos por mínimos indebidamente percibidos, y por tanto el INEM no tiene competencia para reclamar la devolución de dichos complementos.

Esta sentencia cuenta con un voto particular que defiende la siguiente postura. En primer lugar entiende que los ingresos totales de la actora, incluyendo la parte correspondiente al complemento por mínimos, superan el 75 por ciento del SMI, y en segundo lugar defiende que los requisitos para percibir el subsidio de desempleo se han de reunir en todo momento, pues si dejan de concurrir se produce la extinción del mismo a partir de ese momento y por tanto, en ese caso, el INEM es competente para exigir las cantidades indebidamente percibidas.

La **STS de 27 de febrero de 2003**, I.L. J 64, se pronuncia acerca del derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años de una trabajadora española emigrante retornada, a la que en primera instancia y en suplicación se le denegó tal derecho, alegando que no acreditaba un año de cotización en España, y alegando para ello la doctrina proclamada en STS de 28 de febrero de 1994.

El Tribunal Supremo alega que dicha sentencia no se encuentra en armonía con el criterio seguido por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Sentencia de 20 de febrero de 1997, asunto Martínez Losada). Así en la STS de 17 de diciembre de 1997, el TS cambió su orientación para acomodarse a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

Por tanto, hay que entender, en virtud de esta doctrina, que un subsidio para mayores de 52 años constituye una prestación de desempleo y que el artículo 48 del Reglamento 1408/1971 no es aplicable a las prestaciones de desempleo. Por ello, la condición exigible para el nacimiento del derecho al subsidio no es la preexistencia de un derecho futuro al cobro de una pensión de jubilación, sino que el interesado haya cotizado durante un período de 15 años a un régimen de pensión de jubilación a uno o varios Estados miembros, así que no es exigible ningún período previo de cotización a la Seguridad Social española para poder acceder al subsidio.

El cómputo de rentas para tener acceso al subsidio por desempleo es una materia que ha dado lugar a numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, así en la **STSJ de Asturias de 24 de enero de 2003**, I.L. J 309, resuelve el recurso planteado contra la sentencia de instancia que denegó el derecho del actor a percibir el subsidio por desempleo para

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

mayores de 52 años por entender que superaba el límite del 75 por ciento del SMI como consecuencia del importe obtenido por la venta de unas acciones.

El TSJ de Asturias en este caso, sigue la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en varias sentencias, y entiende que la venta de acciones no es equiparable al de una renta que mejora o eleva los ingresos mensuales del beneficiario, sino que en realidad nos encontramos ante un elemento patrimonial que es sustituido por otro. En este mismo sentido la **STSJ de Galicia de 17 de febrero de 2003**, I.L. J 608, llega a la conclusión de entender que el “plus de transporte” sí se computa para hallar el total de los ingresos de la unidad familiar, ya que constituye una remuneración periódica y en cuantía fija, lo que pone de relieve que no tiene como fin compensar gastos concretos relativos a los desplazamientos efectuados por el trabajador para llevar a cabo su actividad laboral, sino que obedece a un ánimo de remuneración cuya causa de pago se encuentra directamente en el trabajo y no en los gastos que hayan de efectuarse con motivo del mismo. El Tribunal entiende además que los ingresos obtenidos como consecuencia de la venta de acciones no son computables como renta.

d) Compatibilidades e incompatibilidades

La **STS de 29 de enero de 2003**, I.L. J 24, estima la incompatibilidad de la percepción del subsidio por desempleo con un trabajo por cuenta propia como apicultor que había aportado al interesado unos ingresos inferiores al 75 por ciento del SMI.

Según el TS, el precepto aplicable en este caso es claro y preciso, así el artículo 221.1 LGSS establece “la incompatibilidad del subsidio o de la prestación por desempleo con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en ninguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado”.

Es interesante poner de manifiesto que el Tribunal Supremo en esta sentencia advierte de la incongruencia que supone privar de esta prestación del nivel asistencial a un trabajador que ha acreditado que sus ingresos no alcanzan el 75 por ciento del SMI, cuando en teoría podría acceder a tal prestación en estas condiciones aplicando las previsiones genéricas del artículo 215 LGSS, puesto que sus ingresos no alcanzan el tope previsto por este precepto. No obstante, esta Sala justifica su decisión en la vinculación al principio de legalidad que no le permite aceptar otra solución que la expresamente querida por el legislador.

Cuestión distinta sería si las rentas obtenidas por el trabajador no proviniesen de un trabajo por cuenta propia, sino de una herencia o del alta en el Impuesto de Actividades Económicas, en cuyo caso sí podría entenderse la compatibilidad de las mismas con el subsidio por desempleo, como de hecho ha ocurrido ya en otros casos planteados ante el Tribunal Supremo.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

La STS de 31 de marzo de 2003, I.L. J 494, desestima la pretensión del actor, solicitante de una pensión de jubilación, por entender que no reúne los requisitos exigidos al no encontrarse en alta o situación asimilada ni tener cumplida la edad de 65 años. En el supuesto concreto el actor es pensionista de invalidez permanente y no tenía cumplidos los 60 años cuando solicitó la pensión de jubilación. Señala la citada Sentencia, por un lado, que no hay norma alguna en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar que establezca una asimilación al alta de los declarados inválidos permanentes, por lo que el actor no cumple el requisito de encontrarse en alta o en situación asimilada necesario para acceder a la prestación. Por otro lado, la ley exige para quienes no se hallen en situación asimilada al alta que se tenga cumplida la edad de 65 años (artículo 161.5 LGSS), sin que sean aplicables en estos supuestos las reducciones de edad establecidas en el Decreto 2309/1970, de 23 de julio, y referida a los trabajadores del mar que se hallaren en alta o situación asimilada en el momento de solicitar la prestación.

También desestima la pretensión del actor la STS de 9 de abril de 2003, I.L. J 507, considerando que no tiene derecho a la pensión de jubilación al no acreditar la cotización de quince años. Se plantea la interpretación de la Disposición Adicional Primera de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, en el supuesto de excedencia por incompatibilidad, considerando que dicha situación ha de entenderse como asimilada al alta, que no ha de tomarse en cuenta para el cómputo de la carencia específica, cubriéndose las lagunas de cotización a efectos de calcular la base reguladora de conformidad con lo dispuesto en el artículo 162.1.2 LGSS. En base a la citada Disposición Adicional Primera de la Ley 53/1984, las situaciones de incompatibilidad se entienden con respeto a los derechos consolidados o en trámite de consolidación en materia de pensiones de cualquier régimen de Seguridad Social. No obstante, en la Sentencia se declara que el actor no acredita el período mínimo de cotización de 15 años exigido legalmente para causar derecho a la pensión ya que no se puede otorgar validez a las cotizaciones realizadas a la segunda actividad cuando ésta se ha ejercido de hecho, sin declaración expresa acerca de la compatibilidad, y sin que ello suponga vulneración de la Disposición Adicional Primera de la Ley 53/1984.

En la STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de enero de 2003, I.L. J 731, se declara que no son válidas ni computables a efectos de reconocer la pensión de jubilación las cotizaciones anteriores al alta en el Régimen Especial Agrario de trabajadores por cuenta propia.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Infracotización empresarial

En relación con la determinación de la base reguladora en un supuesto de suscripción de Convenio Especial de Seguridad Social en el marco de un plan de prejubilaciones, la **STSJ de Aragón de 13 de enero de 2003**, I.L. J 189, declara la responsabilidad del INSS y de la TGSS y de la empresa (en el caso concreto responsabilidad directa y solidaria de la empresa, Endesa Generación, SA, y del Ministerio de Ciencia y Tecnología) por infracotización. Dicha responsabilidad deriva, de un lado, de que dicho Convenio Especial se suscribió “en el marco de un Plan de prejubilaciones” diseñado por el Ministerio de Industria y asumido por la Oficina de Compensaciones de Energía Eléctrica (OFICO), a la que correspondía el abono de las cotizaciones, y con la garantía de un Acuerdo entre la representación de los trabajadores y la empresa por el que ésta se comprometía al “mantenimiento de las bases de cotización que hubieran resultado aplicables de haber permanecido en activo, hasta su jubilación definitiva por la Seguridad Social”. Por otro lado, en esta infracotización, la Administración no puede alegar que cotizaba por el interesado en función de los datos que se le proporcionaban por la empresa, ya que, habiéndose fijado por sucesivos RRDD las bases normalizadas de cotización por contingencias comunes correspondientes a las distintas categorías del Régimen de la Minería del Carbón, no cabe que la propia Administración alegue desconocimiento de las cuantías para justificar el incumplimiento.

– Incrementos injustificados en las bases de cotización

En cambio, en la **STS de 11 de abril de 2003**, u.d., I.L. J 513, se declara la existencia de incrementos fraudulentos en las bases de cotización. Es interesante el pronunciamiento de esta sentencia en un supuesto en que el trabajador estaba incluido inicialmente en el Régimen General y posteriormente por cambio normativo e imperativo legal pasa al RETA. En la medida en que habían sido declaradas fraudulentas las cotizaciones anteriores al Régimen General al considerar que habían sido artificialmente elevadas y apreciar, por tanto, fraude de ley en su incremento, se considera que la posterior cotización en el RETA (que habían sido admitidas por la Entidad Gestora porque traían su causa de las anteriores al Régimen General) tampoco es admisible ya que carecería de sentido “que unas bases tachadas ya de fraudulentas, sirvan de soporte a otras posteriores, en régimen especial diferente, situación que sólo como excepción se admite”. Este pronunciamiento es consecuencia de la aplicación del artículo 6.4 CC, en virtud del cual, esos actos previos y los posteriores en aquellos apoyados, en cuanto que son calificados de fraudulentos, no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir.

También la **STSJ de Cataluña de 25 de marzo de 2002**, I.L. J 658, declara la existencia de un incremento injustificado de las bases de cotización de la actora, quedando acreditado el fraude consistente en incrementar el salario hasta duplicar su cuantía de un mes

para otro, manifiestamente por encima de cualquier posible incremento debido a previsiones del convenio colectivo o de cualquier otra circunstancia que lo pudiera justificar. La Sentencia declara igualmente, en base a la doctrina del Tribunal Supremo, que el período de dos años al que se refiere el artículo 1.1 del RD-Ley 13/1981 para el cómputo de estos incrementos injustificados de las bases de cotización “puede perfectamente extenderse a todo el que haya de tenerse en cuenta para el cálculo de la base de cotización, por más que esta extensión no puede operar de forma automática, sino que es necesario entonces demostrar la existencia de fraude”.

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en diversos países

Cuestión ya reseñada en anteriores crónicas es la que se plantea en la **STS de 12 de marzo de 2003**, u.d., I.L. J 616. La doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 17 de diciembre de 1998 hizo modificar el criterio jurisprudencial mantenido hasta entonces por el Tribunal Supremo en el sentido de que la pensión teórica española (el porcentaje de pensión atribuible a la Seguridad Social española, cuando se ha cotizado en España y en otros países de la Unión Europea, España y Francia en el caso de autos) debe calcularse sobre las bases reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, sin perjuicio de que la pensión así obtenida se incremente con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones acordadas por cada año posterior en las pensiones de la misma naturaleza [en aplicación del Reglamento 1248/92, anexo VI, apartado D)]. No obstante, recogiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2000, se declara aquí que la doctrina del Tribunal Supremo autoriza a la utilización de otros criterios distintos siempre y cuando los mismos se propongan y respondan a principios de ponderación y equilibrio. Por tanto, el criterio utilizado en la sentencia recurrida, al aplicar a las últimas cotizaciones computables llevadas a efecto a la Seguridad Social española por parte del trabajador emigrante, los incrementos experimentados por el salario mínimo interprofesional hasta el momento del hecho causante se revela como un sistema de cálculo adecuado y equitativo, aunque no excluye la aplicación de otros distintos.

e) Jubilación anticipada

– Contrato de prejubilación

Un importante número de Sentencias en el período acotado para esta crónica se refieren al problema de determinar la aplicabilidad del porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión de jubilación anticipada del 7 por ciento por cada año o fracción de año que falta para cumplir los 65 años de edad, previsto por la Disposición Transitoria Tercera LGSS y Disposición Transitoria Segunda RD 1647/1997, de 31 de octubre, para trabajadores que cesen en la empresa como consecuencia de un contrato de prejubilación. Se trata de precisar si existe o no voluntariedad en el cese o terminación de la relación labo-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

ral en el supuesto de suscripción de un contrato de prejubilación pactado entre los trabajadores y la empresa.

En algunas resoluciones judiciales (así, Sentencia del TSJ de Cataluña de 19 de marzo de 2002) se ha planteado que, mediante estos “contratos de prejubilación” la empresa, sin necesidad de acudir al procedimiento legalmente previsto para el despido colectivo, había logrado, a través del programa de bajas incentivadas, reducir un elevado número de puestos de trabajo, lo que suponía “la falta de voluntariedad en el cese por parte de los trabajadores afectados”. En contra de esta posición se ha manifestado el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, en diversas sentencias. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al respecto es recogida también en la **STS de 18 de marzo de 2003**, u.d., I.L. J 235, que resume la posición mantenida por este Tribunal indicando que: Por un lado, la prejubilación ha sido voluntariamente aceptada por ambas partes, en razón a que para las dos ha supuesto determinados beneficios, en concreto para el trabajador una compensación económica, pagándosele un Convenio Especial y obligándose la empresa a realizar una aportación al fondo de pensiones. Además, la prejubilación se prevé como una garantía de empleo en el Convenio Colectivo, pactado en virtud de la autonomía contractual de las partes y sin ningún vicio en sus voluntades que pudiera ocasionar la nulidad de lo acordado (art. 1255 CC). Por otro lado, “con la opción por la prejubilación, el trabajador ha eliminado el riesgo de verse sujeto a padecer las consecuencias negativas que, a su edad, podrían suponer para él la posibilidad de ejercicio por parte de la empleadora de las facultades de movilidad geográfica y funcional, así como de modificación de las condiciones sustanciales de trabajo previstas en los artículos 39, 40 y 41 del ET, deduciéndose de todo ello, que el hecho de haber aceptado el cese en el trabajo ha sido debido a la libre y voluntaria decisión del empleado”. La consecuencia de esta posición es que, al precisar que existe voluntariedad en el cese, deba aplicarse, por tanto, el 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.

Pronunciándose en idéntico sentido, precisa la **STS de 20 de marzo de 2003**, u.d., I.L. J 486, que “si en cierto sentido puede afirmarse que de modo remoto la causa del cese del actor en la empresa es consecuencia de un expediente de regulación de empleo (...), no puede ignorarse que la causa próxima de su cese es la voluntaria prejubilación”, por lo tanto nos encontramos ante una oferta empresarial de extinción aceptada por el trabajador de forma expresa, después de conocer y valorar como favorables las condiciones del plan de jubilación, con prejubilación incluida, que se le ofrecía y que sus propios representantes habían aceptado con carácter general para todos los trabajadores afectados.

En el mismo sentido se pronuncian las **SSTS**, u.d., de **4 de abril de 2003**, I.L. J 245; de **11 de abril de 2003**, I.L. J 252; de **15 de abril de 2003**, I.L. J 257; de **17 de marzo de 2003**, I.L. J 470; de **19 de marzo de 2003**, I.L. J 484; de **20 de marzo de 2003**, I.L. J 485; de **24 de marzo de 2003**, I.L. J 488; de **8 de abril de 2003**, I.L. J 504; de **9 de abril de 2003**, I.L. J 505; de **14 de abril de 2003**, I.L. J 515; de **30 de abril de 2003**, I.L. J 534; de **12 de marzo de 2003**, I.L. J 577; de **15 de marzo de 2003**, I.L. J 618; de **30 de abril de 2003**, I.L. J 670; de **6 de mayo de 2003**, I.L. J 794; de **6 de mayo de 2003**,

I.L. J 795; de 6 de mayo de 2003, I.L. J 796; de 6 de mayo de 2003, I.L. J 797; STSJ del País Vasco de 4 de febrero de 2003, I.L. J 429.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

– Residencia legal

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 9 de enero de 2003, I.L. J 726, desestima la pretensión de la actora sobre el derecho a percibir una pensión de jubilación en su modalidad no contributiva, al no cumplir el requisito de residencia legal durante 10 años en territorio nacional entre los 16 años y la edad de devengo de la pensión.

– Determinación de la unidad económica de convivencia

También se deniega en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 13 de marzo de 2003, I.L. J 774, porque los ingresos de la unidad económica de convivencia exceden del límite legal, una vez que queda acreditado que la unidad económica de convivencia de la demandante está formada por ella misma y su esposo al no acreditar la convivencia en el domicilio familiar de la hija de la demandante.

Por el contrario, en la STSJ de Cantabria de 27 de enero de 2003, I.L. J 414, con una interpretación que atiende al espíritu y finalidad de la norma, se considera que “no sólo se comprenderá en el cómputo jurídico de unidad económica aquellos supuestos de convivencia física en el sentido estricto (...), sino también aquellos otros en los que, por causa justificada, un miembro de la unidad familiar falta naturalmente del núcleo de convivencia pero mantiene relaciones de dependencia económica del beneficiario, en supuestos tales como ingresos en centros de asistencia y rehabilitación”, como ocurre en el caso concreto en el que los hijos de la beneficiaria, que carecen de rentas y dependen económicamente de sus padres, se encuentran ingresados en un centro especializado de atención a discapacitados psíquicos, cuyos costes de permanencia son sufragados con la pensión reconocida al cónyuge de la beneficiaria, manteniendo el mismo domicilio familiar.

No se considera, sin embargo, en la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de enero de 2003, I.L. J 402, que la beneficiaria constituya una unidad económica de convivencia con su nieto, la esposa de éste y sus tres hijos, aunque conviva en el mismo domicilio, máxime cuando dicha convivencia es compartida con el otro nieto, que también tiene esposa y tres hijos, cada seis meses en el curso del año; sino que la beneficiaria constituye, por sí sola, una unidad económica de convivencia y cada nieto y su familia otra unidad económica de convivencia.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

Como ya se ha indicado en otras ocasiones, el reiterado criterio jurisprudencial relativo a una interpretación flexible y humanizadora de la exigencia de alta o asimilada, consiste en considerar como asimilada al alta la situación de paro involuntario, si se permanece de modo interrumpido como demandante de empleo (SSTS de 19 de diciembre de 1996 y 17 de abril de 2000); situación que se mantiene pese a la existencia de un lapso temporal de falta de inscripción, si se toma en consideración la recaída del causante en el consumo de drogas, tal y como señala la **STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2003**, I.L. J 367, siendo destacable de este pronunciamiento que el período sin inscripción es ciertamente considerable –un año–.

En la línea flexibiladora del requisito de alta o asimilada, se encuentra la **STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2003**, I.L. J 357, en un supuesto en el que el causante venía percibiendo desde el año 1993, hasta el momento de su fallecimiento, una prestación de Renta Mínima de Inserción con cargo al Programa Interdepartamental de la Renta Mínima de Inserción del Departamento de Bienestar Social de la Generalidad de Cataluña. Pues bien, a nuestro entender de forma acertada, considera la Sentencia que esta prestación “ha de tener un tratamiento análogo o similar a las prestaciones no contributivas de Seguridad Social, a cuyos beneficiarios se ha venido considerando por la jurisprudencia en situación asimilada al alta”.

La **STSJ de Cataluña de 21 de febrero de 2003**, I.L. J 363, recuerda que aunque el requisito –general– de alta, se encuentra dulcificado por la adicción del artículo 174 de la LGSS que en su número primero, párrafo último señala que aunque el causante no se encontrara de alta o asimilada al alta en el momento del fallecimiento, se mantiene el derecho a la pensión de viudedad y orfandad, pero siempre que el causante hubiera completado un período mínimo de cotización de 15 años. Además en el RETA, si el causante tiene cubierto el período mínimo de cotización, pero si existieran descubiertos en el pago de cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad Gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días, ingrese las cuotas adeudadas, supuesto que no se puede acreditar cumplido, cuando las cuotas debidas no sólo no estaban abonadas pese a su requerimiento, sino que estaban prescritas.

En relación con la consideración del infarto de miocardio como accidente de trabajo –y la acreditación de relación de causalidad entre el trabajo y el accidente–, la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de febrero de 2003**, I.L. J 178, parte de la consideración como hecho probado por el Magistrado de instancia, de que el fallecimiento se produce en el lugar y en tiempo de trabajo, y aplica la presunción prevista en el artículo 115.3 de la LGSS –la consideración, salvo prueba en contrario, de la lesión como de accidente de trabajo–, y considera que esta presunción legal opera, cualesquiera que sea la lesión, salvo que se trate de una enfermedad que no puede verse influenciada por el trabajo desempeñado o las condiciones de su realización y se haya practicado prueba que acredite la “absoluta falta de relación entre la prestación de servicios y la lesión produci-

da”. Pues bien, lo destacable en este pronunciamiento es que considera el infarto como accidente de trabajo, pese a que en el supuesto que juzga, el infarto se conecta con un factor de riesgo interno –como evidencia la autopsia, el infarto se produce por el pésimo estado de las coronarias–, pero considera que no consta antecedente alguno de tratamiento médico por dolencia cardíaca. Pero es que además, aunque no conste que en el momento del fallecimiento el causante se encontraba realizando algún cometido profesional (sólo queda probado que la muerte del agricultor por cuenta ajena se produjo entre las siete, en que comenzó su jornada, y las diez, de una mañana fría de noviembre), considera que esto tampoco rompe la conexión, pues aplica la presunción “de que todo productor, en el centro de trabajo y durante al jornada, está realizando cometidos profesionales, correspondiendo a quien lo niegue la carga de acreditar lo contrario”.

Ciertamente, la presunción de laboralidad establecida en el artículo 115.3 de la LGSS, es meramente *iuris tantum* y no *iuris et de iure*, lo cual significa que admite prueba en contrario, lo que permite pero a su vez obliga a la parte opuesta a tal declaración, a demostrar que no es tal accidente, y que el fallecimiento se ha debido a causas ajenas a tal prestación laboral. Para la **STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2003**, I.L. J 709, y al contrario de la línea argumental-probatoria seguida en la sentencia anterior, basta como prueba para romper la necesaria conexión entre lesión y trabajo, en un supuesto de un ataque epiléptico sufrido en el trabajo (que provoca una insuficiencia respiratoria, agravada en su estancia en el hospital de tal manera que produce días más tarde la muerte), que “es evidente que el ataque epiléptico es una etiología común, sin relación alguna con el trabajo”.

En todo caso la presunción legal exige que la lesión se produzca en tiempo y lugar de trabajo, circunstancias que no entran en juego en el caso en el que el infarto se produce en un día en el que el causante no se encuentra desarrollando actividad alguna, recayendo en ese caso necesario la prueba en quien pretende la consideración del infarto como accidente de trabajo, “que éste se hubiera producido, cuando menos, desencadenado a causa de su trabajo” (**STSJ de Navarra de 24 de marzo de 2003**, I.L. J 595).

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

En relación con la exigencia de vínculo matrimonial para causar derecho a la pensión de viudedad, es reiterada la doctrina jurisprudencial (del Tribunal Supremo), que viene a señalar que no es asimilable la convivencia *more uxorio* y el matrimonio –e incluso que el propósito de contraer matrimonio no puede valorarse como la existencia del mismo–, excepto el supuesto de convivencia por no poder contraer matrimonio con el causante por impedirlo la legislación vigente hasta la Ley 30/1981, y que el fallecimiento se hubiera producido con anterioridad a la misma Ley. Ello sin perjuicio, como señaló el Tribunal Constitucional –STC de 18 de noviembre de 1990–, de que el legislador podría

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

reconocer el derecho a una pensión de supervivencia, idéntica a la de viudedad, al supérstite de una unión estable —en los supuestos y con los requisitos que se estableciesen—, aunque el hecho de que no lo haya hecho en la actualidad, no lesiona en sí mismo el artículo 14 de la Constitución, ni tampoco en su conexión con el artículo 39.1, más aun teniendo en cuenta que en su configuración actual la pensión de viudedad no tiene por estricta finalidad atender una situación de necesidad o defensa económica, concluyendo que la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución), de modo que el Estado no puede imponer un determinado estado civil. Aplicando esta doctrina, la **STSJ de Galicia de 28 de febrero de 2003**, I.L. J 613, deniega la pensión en un supuesto en el que el actor convivió con la causante hasta su fallecimiento, desde hacía más de veinte años, pudiendo perfectamente contraer matrimonio durante ese período. Aplicando el mismo criterio, la **STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2003**, I.L. J 696.

b) Orfandad

En un supuesto en el beneficiario de la pensión de orfandad nace con posterioridad al óbito y que entre los progenitores no constara matrimonio —situación que provoca la previa declaración de la filiación paterna del hijo póstumo a través del correspondiente proceso declarativo, al no regir la presunción del artículo 116 del Código Civil—, la pensión de orfandad queda “suspendida” hasta la previa determinación de la condición de hijo, que una vez reconocida, supone el derecho a beneficiarse de la pensión de orfandad desde la fecha de nacimiento, y no con tres meses de retroacción a la fecha de la solicitud, tal y como la norma establece como criterio general (**STSJ de Cataluña de 14 de marzo de 2003**, I.L. J 649).

c) Prestaciones a favor de familiares

El requisito común o general de que se ha de acreditar la convivencia con el sujeto causante, la jurisprudencia ha venido interpretándolo, no en un sentido literal y estricto de convivencia física y material, sino que ha de tomarse el sentido asistencial, esto es, “de contribución al sustento familiar, que aquí habría de traducirse en el acreditado y efectivo auxilio personal al cuidado del causante, persona mayor discapacitada”; situación que no se aprecia en un supuesto en el que no hubo convivencia real y física y tampoco se acredita que se diera una situación de asistencia como la anteriormente referida, tal y como interpreta, la **STSJ de Cataluña de 20 de enero de 2003**, I.L. J 113, en un supuesto en el que el causante estuvo internado en una Clínica Mental —en 12 ocasiones—, situada en población distinta a la de residencia de su madre —demandante de la prestación—, sin que se acredite algún tipo de atención o cuidado al hijo internado, durante los prolongados períodos de internamiento.

C) Cuantía de las pensiones

Como con reiteración se ha comentado, la cuantía de la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio, corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legí-

timo en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido (artículo 174.2 de la LGSS). Módulo temporal de referencia que a efectos de la cuantía no es la vigencia del matrimonio (módulo que se inicia con el matrimonio que después queda disuelto por separación o divorcio y que termina con el fallecimiento del causante), sino la convivencia matrimonial, “convivencia que, aunque se presume constante el vínculo, conforme al artículo 69 del Código Civil, admite prueba en contrario” (STSJ de Extremadura de 21 de febrero de 2003, I.L. J 753). No obstante, como la jurisprudencia pone de relieve, “el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último” (STSJ de Asturias de 21 de febrero de 2003, I.L. J 743).

Ahora bien, en un supuesto en el que la convivencia continúa, después de la separación legal, hasta el momento mismo de la muerte, la STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2003, I.L. J 650, considera que nos encontramos en un supuesto en que la situación de hecho prevalece sobre la situación declarada judicialmente. Considera que en este supuesto, lo que ha de tenerse en cuenta para determinar la cuantía de la pensión, es el tiempo de convivencia real entre los cónyuges, con independencia de la presunción de que por lo menos desde el momento de la sentencia no existe ya convivencia –pero en este caso, a tenor de la prueba no combatida, se acredita lo contrario–.

E) Régimen de incompatibilidades

Pese a que el artículo 122.1 de la LGSS dispone, que las pensiones del Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, es necesario tener presente dos consideraciones: En primer lugar que es posible que expresamente se señale tal compatibilidad, y en segundo lugar, que en caso de incompatibilidad se reconoce el derecho de opción por una de ellas –si ambas son del Régimen General–. Pues bien, en un supuesto en el que la actora venía percibiendo una pensión de invalidez no contributiva –con el complemento del 50 por ciento por necesidad de tercera persona–, y posteriormente obtiene el reconocimiento de una pensión de viudedad, no concurre ninguna de las condiciones antes señaladas, pues tal y como de forma acertada señala la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2003, I.L. J 547, las pensiones no contributivas son de naturaleza asistencial y no son encuadrables en ningún régimen del sistema, y en segundo lugar, cuando el artículo 144.5 de la LGSS, define el concepto de ingresos computables, incluye los de naturaleza prestacional –y en esta noción cabe la pensión de viudedad–; todo ello sin perjuicio de la revisión del derecho a la pensión de naturaleza no contributiva por incumplimiento de uno de sus requisitos –el más esencial–, la carencia de rentas –y en concreto el umbral de rentas establecido anualmente en la LPGE–, pues ha de computarse como ingreso la cuantía de la nueva pensión reconocida de viudedad. Además debería de tenerse en cuenta, el artículo 10 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, en el que se establece la compatibilidad de la pensión de viudedad, con las pensiones “propias” de vejez e invalidez (aunque la incorporación al sistema de Seguridad Social de las pensiones en su modalidad no contributiva

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

es muy posterior a esta norma –la Ley 26/1990–, sobre la cuestión ha de tenerse presente cuál era la voluntad del legislador que la sancionó, y que era hacer compatible la pensión de viudedad con la “propia” de vejez o invalidez).

Por el contrario sí son incompatibles las pensiones de viudedad –y orfandad– con las pensiones de jubilación del régimen SOVI, por el carácter “residual” de esta última. Este criterio lo aplica la **STSJ de Granada de 18 de febrero de 2003**, I.L. J 155, siguiendo la línea ya marcada por el Tribunal Supremo y en concreto afirmando, “la naturaleza subsidiaria de sus prestaciones –las del SOVI–, en el sentido de que se condiciona su reconocimiento a que el posible beneficiario no tenga derecho a ninguna pensión en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social” (tal y como se desprende de la literalidad de la Disposición Transitoria Segunda.1 de la Ley 24/1972, de 21 de junio).

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. Cuestión preliminar. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social.

A) Organización. B) Actas de liquidación. **3. Derecho Administrativo Sancionador.**

A) Procedimiento sancionador. B) Actas de la Inspección de Trabajo. Presunción de certeza. C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: Salud laboral.

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

La presente crónica tiene por objeto examinar los principales pronunciamientos judiciales aparecidos durante los últimos meses en relación con los aspectos propios del Derecho Administrativo Laboral. En concreto, son objeto de comentario las sentencias que, sobre el tema en cuestión, han sido publicadas en los números 1 a 4 de 2003 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*; igualmente, se incluyen otros pronunciamientos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que, al menos de momento, no han sido incluidas en la revista mencionada.

Aun cuando en general las sentencias del período reseñado no introducen grandes novedades, lo cierto es que no por ello carecen de interés algunas de las consideraciones que las mismas efectúan. De entre todas ellas, merece una especial consideración la STS de 10 de febrero de 2003, procedente de la Sala Tercera, que resuelve una cuestión de ilegalidad planteada contra diferentes preceptos del RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**A) Organización**

Como suele ser habitual, el contenido de este epígrafe vuelve a quedar absorbido por las auditorías practicadas sobre las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, concretamente a través de dos sentencias dictadas en materia de ajustes y reclasificación de asientos contables.

De un lado, en relación a una cuestión puramente procesal, la **STS de 17 de junio de 2003** (recurso de casación 3483/1999), Sala Tercera, pone de relieve que, en la medida en que cada una de las partidas litigiosas no alcanza por sí sola –y con independencia de las demás– la cantidad mínima necesaria para acceder al recurso de casación, ha de concluirse que estamos ante una causa de inadmisibilidad del recurso por falta de cuantía. En cualquier caso, la Sentencia decide pronunciarse sobre el fondo del asunto y efectúa las siguientes afirmaciones: en primer lugar, respecto a la no asunción por el sistema de la Seguridad Social de los gastos derivados del arrendamiento de local, se señala que aunque la Mutua haya cumplido el requisito de aportar a la Administración el contrato en el plazo de un mes (artículo 24 RD 1221/1992), la no aceptación de la partida se debe a no haber existido autorización administrativa para el gasto, ya que el control de la Administración en esta materia alcanza no sólo al arrendamiento, sino también al gasto; en segundo término, tampoco se consideran como gastos de administración asumibles por la Seguridad Social los generados por el desarrollo de determinadas actividades (asistencia a cursos de formación, reuniones,...) que hayan sido realizadas por personas no integradas en la plantilla de la Mutua, ya que en tal caso debe ser la propia Mutua la que con su propio patrimonio atienda estos gastos; por último, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina sentada en una sentencia anterior, según la cual, es admisible aplicar el criterio del devengo –y no el de caja– a ciertos gastos como los de administración, y que, por contra, a fin de evitar duplicidades, las cuotas se imputan cuando sean efectivamente recibidas de la Tesorería.

En relación a la misma materia, de otro lado, la **STS de 2 de julio de 2003** (recurso de casación 3551/1999), Sala Tercera, recuerda algunos criterios contables ya conocidos en estas crónicas: volviendo al tema de los contratos de arrendamientos urbanos suscritos por las Mutuas y su necesaria autorización previa por parte de la Administración, la Sentencia indica que no cabe eludir este requisito pretendiendo imputar a los recursos propios de la Seguridad Social cantidad alguna por reserva de un alquiler cuya autorización no se ha solicitado; asimismo, el Tribunal recuerda la obligación normativa de las Mutuas de constituir al final de cada ejercicio una reserva para contingencias de tramitación en la que se ha de incluir no sólo el importe definitivo de las prestaciones ya reconocidas a favor de los beneficiarios, sino también el importe presunto de las prestaciones sociales que estén todavía pendientes de reconocimiento.

B) Actas de liquidación

En este apartado, nuevamente hay que destacar un pronunciamiento del Tribunal Supremo, en concreto la **STS de 25 de marzo de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 194, en el que se reiteran las reglas a seguir en la cuantificación económica de las pretensiones con origen en actas de liquidación a los efectos de determinar su acceso al recurso de casación: el valor de la pretensión ha de venir determinado por el importe de la deuda reclamada a la que afecta la responsabilidad; con independencia de que las liquidaciones hayan dado lugar a diferentes actos, debe atenderse a la cuantía individualizada de cada una de las certificaciones de descubierto de carácter mensual, y no a la suma de todas ellas.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Procedimiento sancionador

En este apartado, debe hacerse referencia a la **STS de 10 de febrero de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 80, que resuelve la cuestión de ilegalidad interpuesta contra determinados preceptos del RD 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Los preceptos impugnados eran, en concreto, los artículos 3.2 y 3.3, relacionados con supuestos especiales en la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social; el artículo 9, relativo a ciertas obligaciones; el artículo 11.1, en sede de incompatibilidades, abstención y recusación; 33.8, sobre normas de distribución territorial; y 58.1.1ª, cometidos funcionales de la dirección especial adscrita a la autoridad central.

Pues bien, la sentencia indicada, tras el análisis de las diferentes alegaciones efectuadas, procede a declarar la nulidad del artículo 3.3 y del 11.1, última frase, del Reglamento en cuestión.

Así, en primer lugar, por lo que respecta al 3.3, dicho precepto establecía que las actuaciones inspectoras en centros o dependencias de la Administración Pública se deberían preavisar a quien se encuentre al frente del centro a inspeccionar. En este punto, la demanda sostenía que el Reglamento entraba en contradicción con lo dispuesto en el artículo 5.1 Ley 42/1997. En efecto, el reglamento incurriría en exceso al imponer ese preaviso, cuando del texto legal sólo se deduce la necesidad de comunicar la presencia de la Inspección al sujeto inspeccionado pero cuando la misma está en marcha; ello, además, pondría en peligro la eficacia de la actuación inspectora. La pretensión resulta admitida por el TS y, en consecuencia, se declara la ilegalidad del precepto reglamentario.

En segundo lugar, por lo que respecta al artículo 11.1, se alega un nuevo exceso reglamentario, ya que el precepto en cuestión introduce al regular la abstención de los inspectores una causa que no encuentra apoyo legal: se abstendrán en todo asunto en que concurra interés para la asociación o sindicato de su afiliación.

También en este punto prospera la cuestión de ilegalidad. En efecto, el TS llega a esta conclusión señalando lo siguiente:

“La norma reglamentaria va más allá de la Ley que ha de desarrollar, la cual, no apunta ninguna concreción de esta naturaleza al régimen general en materia de abstención y recusación. Y supera igualmente el artículo 28 de la Ley 30/1992 que tampoco prevé una causa de este tipo, por lo que no puede ofrecerle su cobertura.”

B) Actas de la Inspección de trabajo

En este punto, la **STS de 20 de enero de 2003**, Sala Tercera, I.L. J 78, bien que de pasada, recuerda ciertas cuestiones relacionadas con el alcance de la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo, así como con los requisitos que deben concurrir

para que las mismas gocen de dicha presunción: la presunción no reviste un carácter absoluto, no debiendo ser apreciada en aquellos casos en que el Inspector actuante no hubiese podido constatar directamente los hechos constitutivos de la infracción y pudiendo ser siempre desvirtuada por el resultado de otras pruebas.

En todo caso, no es este valor probatorio de las actas el núcleo de la sentencia. En efecto, el centro de la misma se encuentra en el objeto del Recurso de Casación en Unificación de la Doctrina. Dicho recurso persigue evitar una interpretación diversificada de las normas legales y de la jurisprudencia; por lo tanto, como razona la sentencia referenciada, no es un cauce idóneo para debatir la diferente consideración que se ha otorgado a unos hechos para desvirtuar el valor presuntivo de las actas, como se perseguía en el recurso planteado.

C) Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias

En este ámbito, especial interés reviste la **STS de 24 de junio de 2003** (recurso de casación en interés de Ley 52/2002), Sala Tercera, relativa a la duplicidad de sanciones impuestas por un mismo incumplimiento normativo en materia de prevención de riesgos. Los hechos enjuiciados por la Sentencia tienen como origen la extensión por parte de la Inspección de Trabajo de dos actas de infracción que fueron levantadas en la misma fecha con ocasión de dos visitas realizadas los días 4 y 13 de un mismo mes a un edificio en construcción y en las que se reflejó una misma irregularidad tipificada en el actual artículo 12.16.f) LISOS –incumplimiento de la normativa en materia de protección colectiva con riesgo grave para los trabajadores–: la primera de estas actas se dirigía solidariamente a la empresa contratista y a la subcontratista; y la segunda acta proponía la sanción únicamente para la empresa contratista. Impugnada la resolución administrativa que imponía esta última sanción, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Santa Cruz de Tenerife procedió a anular dicha resolución sancionatoria, arguyendo básicamente la siguiente fundamentación: en el caso, al margen de efectuar ciertas consideraciones sobre la acumulación de infracciones en una misma acta –cuestión que el Tribunal Supremo no aborda expresamente–, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo observa que se ha impuesto una doble sanción por un mismo incumplimiento –la omisión o defectuosa instalación de barandillas de protección en las fachadas del edificio–, remarcando al respecto que, al existir una sola infracción, aunque sea persistente y muy intensa en la creación de riesgo grave, la consecuencia es que debió existir una única acta de infracción y un único procedimiento y sanción que valorase conjunta y proporcionadamente la gravedad del hecho, siendo irrelevante a estos efectos la segunda visita girada por la Inspección y también la inobservancia de un requerimiento previo, puesto que el artículo 4.6.10 del RD 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento Sancionador para el ejercicio de la potestad sancionadora, prohíbe iniciar nuevos procedimientos sancionadores por conductas infractoras en cuya comisión el sujeto persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora. Interpuesto recurso de casación en interés de la ley frente a esta sentencia, el Tribunal Supremo procede a su desestimación al no considerar erró-

XI. Administración Laboral

nea la doctrina mantenida por la sentencia recurrida; es más, aceptando los razonamientos del Juzgado sobre la reiteración de actas, el Tribunal añade que, ante la identidad de hechos y normas infringidas y dada la distinta posición de las dos empresas, no resulta congruente que en una resolución se estime que el autor de la infracción es una empresa y en la otra resolución se indique que es otra empresa distinta, puesto que, por más que es perfectamente posible que una empresa contratista y otra subcontratista resulten autores de distintas infracciones respecto a las diferentes obligaciones que a cada una le incumben, no sucede así en este supuesto en que actas simultáneas valoran un mismo hecho y una misma norma infringida, sin que además hubiera mediado orden de paralización de actividades hasta que se hubieran instalado las medidas de seguridad necesarias. Con carácter adicional, insistiendo en la imposibilidad de duplicar sanciones por unos mismos hechos y normas, el Tribunal Supremo acaba confirmando la idoneidad de la doctrina sentada por la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

“tampoco se habría podido apreciar que la doctrina fuese gravemente dañosa para el interés general, pues aparte de que el supuesto de autos, es ciertamente específico y de difícil repetición, no es suficiente invocar como se hace el riesgo que comporta la falta de medidas de seguridad en las obras, pues el tal riesgo se ha de evitar, por un lado con medidas preventivas y por otro, aplicando las sanciones que las normas permiten, pero no tratando de duplicar una sanción por un mismo hecho, en protección del mismo interés y en base a las mismas normas”.

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) Sacerdotes y religiosos secularizados. Prestaciones de la Seguridad Social. B) Buena fe procesal contraria al “peregrinaje judicial”. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Desalojo de vivienda de trabajador despedido. B) Simultaneidad de actividades societarias y alta dirección. C) Incompetencia territorial. D) Agente de Seguros. Reclutamiento, formación y control de subagentes. E) Intermediación Financiera y Consultoría. Ausencia de las notas de ajenidad y dependencia. F) Expediente de Regulación de Empleo. Lista nominal de afectados. G) Empleados de Hogar. Alta de oficio en el Régimen Especial de Empleados de Hogar.

4. Conciliación extrajudicial. Reclamación previa. A) Impugnación. B) Presentación de Papeleta de Conciliación. Oficina de Correos. C) Reclamación previa. Presentación por fax. D) Falta de reclamación previa. Subsanaada por previa conciliación. **5. Actos de comunicación procesal. Falta de citación a los actos de conciliación y juicio. 6. Acumulación. Acciones. 7. Excepciones.** A) Cosa juzgada. B) Litispendencia. C) Litisconsorcio pasivo necesario. D) Prescripción. E) Caducidad. **8. Práctica de la prueba.** A) Prueba indiciaria. Discriminación por razón de sexo. B) Prueba videográfica. Validez. C) Prueba documental. Documentos redactados en lengua extranjera. D) Omisión de práctica de prueba declarada pertinente. E) Fraude de ley. Prueba de presunciones. **9. Sentencia.** A) Incongruencia. B) Deber de motivación. Hechos probados. Contenido. C) Nulidad. Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley. **10. Incidente de nulidad de actuaciones. 11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Ofrecimiento y depósito. Retenciones fiscales y de Seguridad Social. B) Descuento por lo percibido en otro empleo. C) Incapacidad Temporal. D) Reclamación al Estado. Tramitación y sobreseimiento de querrela. E) Cotización a la Seguridad Social. F) Límite de su cómputo. Contrato temporal. **12. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso. a) Afectación general. b) Cuantía litigiosa. B) Depósito para recurrir. C) Defectos de formulación: cita del

precepto infringido. **13. Recurso de casación para la unificación de doctrina.**

Contradicción necesaria. 14. Recurso de revisión. A) Inexistencia de maquinación fraudulenta. B) Documentos que habilitan el recurso. **15. Recurso de amparo.**

Agotamiento de la vía judicial ordinaria. 16. Ejecución de sentencia. A) Sentencia declarativa. B) Sucesión de empresa. C) Devengo de intereses. D) Salarios de tramitación.

17. Costas. 18. Temeridad y mala fe.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica jurisprudencial analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones relativas al proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 1 a 4 (ambos inclusive) del año 2003 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*. De esta crónica puede destacarse la **STC 70/2003, de 9 de abril** (recurso de amparo 4653/2001), I.L. J 198, que reitera la doctrina constitucional en relación con el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación judicial de la ley, haciendo constar los requisitos de dicho principio con cita de múltiples sentencias de amparo.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Sacerdotes y religiosos secularizados. Prestaciones de la Seguridad Social

La **STS de 18 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 237, declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la pretensión de los demandantes en relación con el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social. Igualmente, la **STS de 11 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 458, declara la competencia del orden social para conocer de la impugnación de la decisión del INSS de reclamar el capital coste de la parte de jubilación que deriva de los años de ejercicio de la actividad sacerdotal durante los que el demandante no cotizó.

B) Buena fe procesal contraria al “peregrinaje judicial”

Haciendo referencia al art. 24.1 CE, la **STSJ de Murcia de 14 de abril de 2003**, I.L. J 721, rechaza la figura conocida como “peregrinaje judicial” por la cual un litigante no puede ser llevado de una jurisdicción a otra para que al final ningún órgano judicial dicte sentencia sobre el fondo del asunto. Asimismo, se considera contradictorio y contrario a las reglas de la buena fe procesal, el hecho de que ante la jurisdicción civil se defienda la competencia de la jurisdicción social y que, posteriormente, ante ésta se defienda la competencia de aquélla.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Desalojo de vivienda de trabajador despedido

La STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2003, I.L. J 103, establece con rotundidad que el orden social es incompetente para conocer del desalojo de vivienda instada por una comunidad de propietarios frente a un trabajador despedido con anterioridad, cuando durante el procedimiento de despido no se hizo referencia alguna, ni siquiera tangencialmente, a que se ocupara la vivienda como consecuencia de su contrato de trabajo.

B) Simultaneidad de actividades societarias y alta dirección

“(…) Cuando se desempeñan simultáneamente actividades de administración societaria y de alta dirección, la calificación de la naturaleza mercantil de los vínculos es correcta (…) llegando así a la declaración de incompetencia (…)”. Así de rotunda se manifiesta la STSJ de Aragón de 19 de febrero de 2003, I.L. J 168.

C) Incompetencia territorial

Las SSTSJ de Cataluña de 14 y 21 de enero de 2003, I.L. J 107 y I.L. J 121, declaran que el art. 10 LPL establece una serie de reglas de obligado cumplimiento a la hora de determinar la competencia territorial, por lo que en esta materia no cabe acudir a la supletoria LEC. Por otro lado, se establece que conforme dispone el art. 58 LEC, el juzgador debe examinar de oficio su propia competencia incluso en el orden territorial.

D) Agente de seguros. Reclutamiento, formación y control de subagentes

Conforme al criterio sentado la STS de 23 de marzo de 1995, la STSJ de Cataluña de 3 de febrero de 2003, I.L. J 344, declara que el desempeño de funciones de reclutamiento, formación y control de subagentes no desnaturaliza la mercantilidad del vínculo entre las partes, por cuanto dichas funciones “(…) tienen un carácter instrumental y accesorio (…)” dentro de su actividad principal de producción de seguros.

E) Intermediación Financiera y Consultoría. Ausencia de la notas de ajeneidad y dependencia

La STSJ de Galicia de 18 de enero de 2003, I.L. J 387, analiza la naturaleza contractual derivada de la prestación de servicios de asesoramiento y de intermediación financiera. Por su parte, la STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de abril de 2003, I.L. J 778, examina un caso en el que el objeto de la relación entre las partes era la prestación de servicios de consultoría, asesoramiento y defensa jurídica. En ambos casos, se apreció la excepción de falta de jurisdicción alegada por las empresas demandadas en tanto que en ninguno de los casos quedó acreditado que los actores se encontrasen dentro del ámbito organicista, rector y disciplinario del empleador, sino que por el contrario, los actores prestaban sus servicios con absoluta libertad de criterio, lo cual, siguiendo la doctrina del TS en Sentencias de 7 de noviembre de 1985 y 9 de febrero de 1990, hace que el contrato entre las partes sea considerado de naturaleza civil.

F) Expediente de Regulación de Empleo. Lista nominal de afectados

Haciendo referencia a la doctrina de la Sala de Conflictos de Competencia puesta de manifiesto en Auto de 8 de marzo de 1991, en virtud de la cual se entiende que el orden social es incompetente para conocer de la impugnación directa de un acuerdo entre la empresa y los representantes posteriormente homologado por una resolución administrativa, la STSJ de Cantabria de 31 de marzo de 2003, I.L. J 627, ante la petición de exclusión del ámbito personal del ERE, mantiene que, en la medida en la que el recurrente fue incluido nominalmente en la lista de operarios afectados y dicho listado fue acordado por la representación empresarial y social y ratificado por la Asamblea de Trabajadores, el orden competente para conocer del litigio es el contencioso-administrativo.

G) Empleados de Hogar. Alta de oficio en el Régimen Especial de Empleados de Hogar

En el supuesto enjuiciado en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 13 de febrero de 2003, I.L. J 760, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada a partir de la STS de 24 de marzo de 1995, se estima la excepción de falta de jurisdicción frente a la pretensión del demandante que interesaba que se dejase sin efecto el alta de oficio de la trabajadora en el Régimen Especial de Empleados de Hogar.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. RECLAMACIÓN PREVIA**A) Impugnación**

Según la STSJ de Navarra de 24 de enero de 2003, I.L. J 142, no ha lugar a la impugnación del acuerdo alcanzado en conciliación cuando en dicho acuerdo no se produce adhesión alguna, sino que el mismo es el resultado de una negociación singularizada entre el demandante y la demandada, en la que el demandante fue debidamente asesorado y por la que acepta una liquidación que no se acredita injustificada.

B) Presentación de Papeleta de Conciliación. Oficina de Correos

La STC 73/2003, de 28 de abril (recurso de amparo 3418/1999), I.L. J 200, analiza en profundidad un supuesto en el que el trabajador presentó la papeleta de conciliación por despido en lugar procedente (Oficina de Correos), dentro del plazo legalmente establecido (20 días hábiles), si bien no lo hizo en la forma que previene el art. 38.4 LPAC, esto es, en sobre abierto para que el funcionario sellara con esa fecha el documento enviado. Sobre la base de tal omisión, tanto la sentencia de instancia como la sentencia de suplicación desestimaron la demanda de despido por caducidad de la acción, por cuanto al no haberse cumplido las previsiones legales sobre la presentación de documentos en la oficina de Correos, se negó la eficacia a la fecha de presentación que se había verificado

XII. El Proceso Laboral

en el servicio de correos teniéndose sólo en cuenta la fecha posterior de entrada en el organismo destinatario. El TC concede el amparo solicitado en la medida en la que la conclusión desestimatoria de los pronunciamientos previos responde a una interpretación en exceso rigurosa de los requisitos reglamentarios para la presentación de escritos en el servicio de Correos, existiendo, en consecuencia, “(...) una clara desproporción entre los fines que tal rigorista interpretación pretende (relativa a la aplicación de un determinado particular de la normativa reglamentaria) y los intereses que se sacrifican, esto es, el acceso a la jurisdicción de una pretensión de despido nulo o improcedente (...)”. Esta sentencia se comenta también en el apartado 7.E) de esta crónica.

C) Reclamación previa. Presentación por fax

Siguiendo las SSTs de 15 de mayo y 30 de junio de 2000, y 13 de noviembre de 2001, la STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de abril de 2003, I.L. J 780, otorga plena validez a la reclamación previa presentada ante los Órganos de la Administración mediante fax.

D) Falta de reclamación previa. Subsana por previa conciliación

Conforme establece la STC 12/2003, de 28 de enero (recurso de amparo 945/1999), I.L. J 97, los requisitos preprocesales de la conciliación y la reclamación administrativa previa no son plenamente equiparables, de manera que la ausencia de reclamación previa debe ser interpretada por los tribunales de modo razonable y proporcionado. En el caso enjuiciado, las codemandadas conocieron de la existencia de la pretensión deducida por los actores al haber sido citadas a la conciliación administrativa previa y haber acudido a dicho acto sin advertir ni hacer manifestación alguna sobre su naturaleza pública y la necesidad de interponer dicha reclamación. Es por ello y dada la ausencia de conducta maliciosa por la parte actora, por lo que el TC, conforme al principio *pro actione*, concede el amparo solicitado, al no haberse generado perjuicio alguno a las codemandadas con la falta de interposición de la reclamación. Asimismo, el TC pone de manifiesto una posible omisión del Juzgado por no advertir del defecto formal en que se incurría para subsanarlo.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. FALTA DE CITACIÓN A LOS ACTOS DE CONCILIACIÓN Y JUICIO

De acuerdo con la doctrina establecida en la STC 12/2000 de 17 de enero, la STC 90/2003, de 19 de mayo (recurso de amparo 2792/2000), I.L. J 380, declara que no existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos casos en los que ha sido la propia actitud del demandante de amparo la que ha contribuido a provocar la falta de comunicación de los actos procesales, pues éste debió preocuparse por facilitar un domicilio de notificaciones para asegurar la necesaria comunicación de terceras personas con esa entidad, no pudiendo exigirse en tal caso al órgano judicial el despliegue de una desmedida labor investigadora tendente a su localización.

6. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La STSJ de Cataluña de 26 de febrero de de 2003, I.L. J 369, declara la nulidad de lo actuado en la instancia a partir de la admisión de la demanda, por haberse acumulado a una reclamación de prestaciones por incapacidad temporal, otra por complementos salariales, todo ello en contra de lo previsto en el art. 27.3 LPL.

7. EXCEPCIONES

A) Cosa juzgada

La STS de 22 de enero de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 17, dispone que la sentencia de un proceso por despido en el que se condena al empresario demandado al pago de una indemnización calculada a partir de una determinada fecha de inicio de la relación laboral no produce el efecto de cosa juzgada para el FOGASA, si éste no ha sido parte en el procedimiento. Más concretamente, la sentencia considera que dada la situación, el FOGASA no se encuentra vinculado por el montante de la indemnización ni por la antigüedad que se hacen constar en la sentencia de despido, por lo que no se da la identidad de sujetos exigida por art. 222 LEC.

B) Litispendencia

No existe litispendencia entre un procedimiento por despido y otro en el que se debate una reclamación salarial, ya que su objeto es específicamente distinto, según se razona en la STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2003, I.L. J 587. La sentencia citada considera que aunque se dotase de mayor amplitud al ámbito operativo de la litispendencia, el fallo en el proceso por despido no sería contradictorio con el fallo en la reclamación salarial.

C) Litisconsorcio pasivo necesario

La STSJ de Cantabria de 29 de enero de de 2003, I.L. J 416, recuerda que “(...) la institución del litisconsorcio necesario se encuentra regida por el principio fundamental de quedar obligados los Tribunales a cuidar que el litigio se ventile con la presencia en juicio de quienes puedan resultar afectados por el fallo, con el fin de evitar fallos contradictorios y el quebrantamiento del principio de que nadie pueda ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio, dado que la veracidad de la cosa juzgada exige la concurrencia de cuantos debieron ser demandados y que la válida constitución de la relación jurídico-procesal requiere la integración de juicio de todos los elementos subjetivos vinculados frente al actor (...)”.

D) Prescripción

El ejercicio de la acción frente a los supuestos de movilidad geográfica no sustancial o débil, esto es, cuando no exige cambio de residencia, se halla sujeto al plazo general de prescripción de un año que establece el art. 59.1 ET y no al plazo de caducidad de 20 días al que se refiere el art. 59.4 ET, conforme se recuerda en la **STS de 16 de abril de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 259. Este mismo criterio lo mantiene también la **STSJ de La Rioja de 28 de enero de 2003**, I.L. J 316, en relación no sólo con la acción para reclamar contra traslados o desplazamientos que no implican cambios de residencia, sino con modificaciones contractuales no incardinables en el art. 41 ET.

E) Caducidad

El plazo de caducidad de la acción para reclamar prestaciones por jubilación, viudedad, orfandad e invalidez ya reconocidas a la extinta Previsión Sanitaria Nacional es el de cinco años establecido por el art. 1966.3 Código Civil, conforme se señala en la **STS de 24 de febrero de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 38; el plazo de un año fijado por el art. 44.2 LGSS no resulta de aplicación a las prestaciones de Previsión Sanitaria Nacional, por cuanto se trata de un régimen de previsión social ajeno al sistema de la Seguridad Social. La **STC 77/2003, de 28 de abril** (recurso de amparo 3418/1999), I.L. J 200, concede el amparo a un trabajador que había presentado la papeleta de conciliación por despido dentro del último día de plazo mediante correo administrativo; la sentencia recurrida declaró caducada la acción, al tomar como fecha de presentación de la papeleta la del día en que la misma se recibió en el SMAC y no la de su presentación en la oficina de Correos, ya que no se habían cumplido todas las formalidades propias de este último procedimiento [esta sentencia ha sido a su vez comentada en el apartado 4.B) de la presente crónica]. Por su parte, la **STSJ de Asturias de 24 de enero de 2003**, I.L. J 310, recuerda que el *dies a quo* del plazo de prescripción de un año para reclamar al empresario los daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo debe situarse en el momento en el que el trabajador conozca "(...) los diversos elementos que le permitan la traducción económica de los daños causados por el suceso (...)", por lo que dicho plazo no puede empezar a correr con anterioridad a la fecha del reconocimiento por parte del INSS de la correspondiente prestación económica. La **STS de 17 de marzo de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 475, estudia las consecuencias del ejercicio de la acción de despido fuera del plazo legalmente establecido, pero dentro del señalado erróneamente por la Administración empleadora en la notificación de la decisión extintiva, y concluye que la acción por despido no ha caducado, ya que no es admisible que la Administración se beneficie de sus propias irregularidades. La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de febrero de 2003**, I.L. J 763, aclara que el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de despido se sitúa en la fecha en la que se produce efectivamente la extinción contractual y no en la fecha en la que se comunica dicha extinción.

8. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Prueba indiciaria. Discriminación por razón de sexo

La STC 174/2003, de 30 de enero (recurso de amparo 1150/1999), I.L. J 30 (esta sentencia es comentada igualmente en el apartado 15 de esta crónica en relación con otros aspectos de la misma), analiza un supuesto de discriminación por razón de embarazo. Además de otras cuestiones, el TC analiza si los hechos probados en la instancia, y que el TSJ no consideró suficientes para declarar la nulidad del despido de la trabajadora por vulneración de un derecho fundamental, resultan suficientes para probar indiciariamente la lesión invocada. Citando por todas las SSTC 90/1997, de 6 de mayo y 66/2002, de 21 de marzo, el TC declara que el trabajador tiene el inexcusable deber de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial vulnera un derecho fundamental, permitiendo así la posibilidad de deducir que la vulneración ha podido producirse. Sólo una vez cumplido este requisito, la parte demandada tendrá la carga de probar que su decisión se fundamentó en razones absolutamente ajenas a la vulneración invocada. El TC, en contra de la opinión del TSJ, entiende que los hechos probados en la instancia debían haber sido acogidos en Suplicación como indicios de discriminación y, como quiera que la demandada no aportó justificación suficiente para desconectar la decisión extintiva del embarazo de la actora, la Sala debía haber confirmado la nulidad de su despido. En consecuencia, el TC acoge el amparo solicitado.

B) Prueba videográfica. Validez

En una empresa en la que la producción se realiza en cadena y los empleados cobran por hora efectivamente trabajada, la empleadora instaló un torno de acceso a los aseos del centro de trabajo con un sistema de control informático de relojes a través de tarjetas, a fin de controlar las ausencias en el puesto durante la jornada laboral. La empresa despidió a una trabajadora por abuso de confianza al haber accedido a los aseos durante la jornada laboral utilizando la tarjeta de otras compañeras, todo ello a fin de ocultar sus efectivas ausencias del puesto. A efectos de acreditar dicha situación de la que se tenían sobradas sospechas, la empresa instaló una cámara en el pasillo de acceso a los aseos. Mediante la correspondiente grabación se evidencia que los accesos al aseo por parte de la trabajadora despedida son muy superiores a los que constan registrados en su tarjeta de control informático, al haber utilizado tarjetas ajenas precisamente para evitar el correcto control de su tiempo de trabajo. La sentencia de instancia declara procedente el despido y recurrida la misma en suplicación por la trabajadora, ésta solicita la nulidad de actuaciones por haberse admitido a trámite tal prueba videográfica. La STSJ de Murcia de 3 de febrero de 2003, I.L. J 318, confirma la sentencia recurrida, declarando que dicha prueba no conculca ni el art. 90 LPL ni el art. 18.1 CE, pues no vulnera el derecho al honor o a la intimidad de la trabajadora despedida (la cámara se encontraba en el exterior de los aseos controlando exclusivamente un torno de acceso a los mismos) e iba encaminada a acreditar unos hechos indispensables para sustentar el despido, máxime

XII. El Proceso Laboral

teniendo en cuenta en este caso concreto que los empleados de la demandada cobran por hora efectivamente trabajada.

C) Prueba documental. Documentos redactados en lengua extranjera

Con cita de la STS de 26 de marzo de 1987, la STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de enero de 2003, I.L. J 180, declara la nulidad de la sentencia de instancia dictada en un procedimiento sobre reclamación de gastos por asistencia sanitaria dispensada en EEUU. Dicha nulidad se fundamenta en que los documentos aportados por la parte actora aparecen redactados en inglés, sin que fueran traducidos al castellano como exige el art. 144 LEC. Por ello, habrán de devolverse las actuaciones al Juzgado a fin de que se proceda a la correspondiente traducción.

D) Omisión de práctica de prueba declarada pertinente

La parte actora solicitó en su demanda la prueba de interrogatorio de la demandada —una Entidad Gestora— que fue declarada pertinente y admitida por el Juzgado. Consta igualmente que esa solicitud fue reiterada en el acto de juicio, sin que llegara a practicarse. Recurre la parte actora en suplicación solicitando la nulidad de la sentencia de instancia, con fundamento en la indefensión causada por no haberse practicado dicha prueba por el Juzgado a quo. La STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de febrero de 2003, I.L. J 548, desestima el recurso planteado por cuanto, si bien es cierto que el Juzgado infringió el principio de defensa y las normas esenciales del procedimiento con indefensión para la parte, no consta que ésta formulara protesta alguna en tal sentido en el acta de juicio, requisito este exigido por el art. 189.1.d) LPL.

E) Fraude de ley. Prueba de presunciones

La STS de 24 de febrero de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 225, analiza si deben reconocerse las prestaciones por desempleo a un trabajador que habiendo cesado voluntariamente en un trabajo por tiempo indefinido, suscribe contrato temporal con otra empresa sin solución de continuidad a cuyo término solicita la prestación. La sentencia de instancia se pronunció a favor del trabajador, mientras que la Sala de Suplicación revoca dicha resolución. El TS declara que, si bien esa contratación no puede ser calificada sistemáticamente y sin más datos adicionales de fraudulenta —sino que tal afirmación debe matizarse de conformidad con la STS de 29 de marzo de 1993, en el sentido de que no se ha partir de un hecho dado a falta de prueba a modo de una inversión de la carga probatoria—, no se excluye la posibilidad de que ese carácter fraudulento pueda acreditarse por la vía de la prueba de presunciones, esto es, mediante un nexo preciso y directo según las reglas del criterio humano. Por ello, el TS confirma la sentencia recurrida, ya que, en este supuesto en concreto, los hechos carecían de una explicación razonable que, conforme los citados criterios, equivale a presumir el fraude en dicha contratación a los efectos de percibir indebidamente las prestaciones por desempleo.

9. SENTENCIA

A) Incongruencia

La STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de febrero de 2003, I.L. J 156, declara la inexistencia de incongruencia omisiva de la sentencia de instancia. En el caso enjuiciado, el comité de empresa interpuso un conflicto colectivo a fin de que se declarara que todos los trabajadores de la demandada, con independencia de su fecha de incorporación a la misma, tenían derecho a utilizar los medios de transporte de la empresa para acudir al centro de trabajo. En la instancia se estima la demanda, si bien el comité de empresa recurre en suplicación porque entiende que la sentencia incurre en incongruencia omisiva, al no haber declarado expresamente la nulidad de las cláusulas suscritas por ciertos empleados renunciando a la utilización de esos medios de transporte. El TSJ desestima el recurso de suplicación por cuanto entiende que tanto en el suplico de la papeleta de conciliación como de la demanda al Juzgado, no se solicitaba dicha pretensión, siendo la misma alegada exclusivamente en el acto de juicio, y como quiera que la sentencia se atiene a lo solicitado en el escrito de demanda, no procede acceder a la nulidad de la sentencia por incongruencia, y ello sin perjuicio del derecho del comité o de los trabajadores a instar mediante las acciones procedentes la nulidad de esas cláusulas contractuales. De otro lado, la STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2003, I.L. J 212, razona sobre la incongruencia interna de las sentencias, con cita de varias SSTs. En concreto, aludiendo a la STS de 7 de julio de 1999, el TSJ recuerda que “(...) para que pueda apreciarse el vicio de incongruencia es necesario (...) que la sentencia no dé respuesta a las pretensiones de las partes, otorgue más de lo pedido por la actora, no razone de modo suficiente los pronunciamientos del fallo lo que se asimila a la incongruencia de contradicciones internas, en lo que la doctrina denomina incongruencia interna (...)”. Sobre el vicio de incongruencia omisiva, la STSJ de Madrid de 28 de enero de 2003, I.L. J 283, declara que “(...) la nulidad de una Resolución judicial ha de ser marcadamente excepcional, siendo reiterada la doctrina jurisprudencial que sostiene incontestablemente que no cabe incongruencia cuando la sentencia, tras los oportunos razonamientos, desestima íntegramente la demanda y absuelve a la demandada de todas las pretensiones deducidas (...)”. Igualmente, la STSJ de Aragón de 20 de enero de 2003, I.L. J 187, razona sobre el vicio de incongruencia por exceso o *extra petita*. Citando expresamente la doctrina del TS y del TC, establece que la congruencia exige que exista una adecuación entre lo pedido por las partes y el fallo de la sentencia, ello no obstante la facultad de los tribunales para calificar de forma distinta a como lo hicieron las partes la situación de conflicto, siempre que exista una acomodación entre los hechos probados y tales pretensiones. Por ello, existirá incongruencia cuando se evidencie una discordancia manifiesta entre lo pedido y lo que se concede, bien porque se conceda más, menos o cosas distintas, pudiendo llegarse a vulnerar en tal caso el art. 24 CE. La incongruencia por exceso es también objeto de estudio en la STSJ de Murcia de 24 de marzo de 2003, I.L. J 588. Por último, otro análisis sobre incongruencia omisiva se encuentra en la STC 91/2003, de 19 de mayo (recurso de amparo 6632/2000), I.L. J 381, diferenciándola de una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

B) Deber de motivación. Hechos probados. Contenido

La STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2003, I.L. J 368, resume la doctrina jurisprudencial sobre el deber de motivación de las sentencias y el contenido de los hechos probados. Con cita de múltiples sentencias del TC (entre otras la STC 184/1998 y 185/1998) recuerda el TSJ que “(...) el deber de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide (...)”. De este modo, basta con que la sentencia se apoye en “(...) razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión (...)”. Igualmente, razona la sentencia que, como los hechos probados constituyen un elemento esencial de la sentencia, no es suficiente con hacer constar cuánto acreditado sirva al juez *a quo* para tomar una decisión, sino que “(...) el relato fáctico ha de contener los datos precisos y necesarios para que el tribunal pueda conocer el debate en las sucesivas instancias y, a su vez, para que las partes, conforme al principio de seguridad jurídica, puedan defender adecuadamente sus pretensiones (...)” (se cita expresamente la STS de 11 de diciembre de 1997).

C) Nulidad. Vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley

Una trabajadora despedida recurre en amparo, impugnando una sentencia del TS que estimó el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la empresa contra la STSJ que declaró el despido improcedente. La demanda en amparo se fundamenta en que la sentencia de casación se separa, sin justificación ni razonamiento alguno, del criterio mantenido en otra sentencia dictada apenas un mes antes sobre el despido de una compañera de la actora en las mismas fechas y por idénticos motivos. En ambos recursos, la empresa recurrente aportaba la misma sentencia de contraste. La **STC 70/2003, de 9 de abril** (recurso de amparo 4653/2001), I.L. J 198, estima el amparo solicitado en base a la reiterada doctrina constitucional en relación con el principio de igualdad, en su vertiente de aplicación judicial de la ley. Precisa el TC que para que se pueda considerar vulnerado ese principio de igualdad han de concurrir los siguientes requisitos: (i) acreditar un *tertium comparationis*, es decir, que el mismo órgano judicial haya resuelto casos sustancialmente iguales de forma contradictoria (se citan las SSTC 266/1994, 285/1994, 4/1995, 55/1999, 82/1999, 102/1999, 132/2001 y 238/2001); (ii) que exista una exclusión de la comparación consigo mismo, con exclusiva referencia “al otro” en los supuestos contrastados (se citan las SSTC 1/1997, 150/1997, 64/2000, 182/2001, 229/2001, 74/2002 y 111/2002); (iii) la identidad del órgano judicial, no sólo de la Sala, sino también de la Sección, pues a estos efectos se consideran como órganos judiciales con entidad diferenciada (se citan las SSTC 134/1991, 245/1994, 32/1999, 102/2000 y 122/2001), y (iv) que no exista motivación que justifique el cambio de criterio, es decir, que la decisión puede considerarse arbitraria (se citan las SSTC 122/2001, 193/2001, 25/1999, 152/2002 y 210/2002).

10. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

La STC 39/2003, de 27 de febrero (recurso de amparo 1254/2001), I.L. J 146 (contiene Voto particular), argumenta sobre la necesidad de instar el incidente de nulidad de actuaciones que establece el art. 240.3 LOPJ antes de acudir al recurso de amparo, contra la sentencia firme de la Sala de lo Social de un TSJ a la que el recurrente en amparo tacha de incongruente, al haberse pronunciado sobre un extremo no debatido en el recurso de suplicación (esta sentencia se comenta a su vez en el apartado 15 de esta crónica).

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Ofrecimiento y depósito. Retenciones fiscales y de Seguridad Social

La STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 2003, I.L. J 347, revoca la sentencia de instancia que condenó a la empresa al abono de salarios de tramitación, aun cuando la misma había ofrecido su importe en la conciliación previa y procedido a su depósito judicial. El TSJ revoca la sentencia de instancia por entender que, sin perjuicio de que la cantidad que se depositó por tal concepto era inferior, ello fue debido a las retenciones fiscales y deducciones de Seguridad Social correspondientes, declarando que la jurisdicción laboral no es competente para determinar la procedencia de dichos descuentos.

B) Descuento por lo percibido en otro empleo

La STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2003, I.L. J 409, analiza un supuesto en el que se discute el devengo de los salarios de tramitación, por haber venido el actor percibiendo retribución en otro empleo durante el procedimiento. Entiende el TSJ que respecto de los salarios que pretenden descontarse hay que diferenciar dos períodos, el anterior al acto de la vista y el posterior al mismo. Y ello, por cuanto para que proceda el descuento de los salarios percibidos por otro empleo antes del acto de juicio oral, habrá que acreditar dicha circunstancia y su cuantía precisamente en ese momento procesal, y no con posterioridad. Sin embargo, por lo que respecta al segundo período, acreditado el trabajo y el salario, sí procederá su descuento en trámite de ejecución de sentencia. Por su parte, la STSJ de Extremadura de 25 de febrero de 2003, I.L. J 755, con cita de múltiples sentencias de suplicación, admite que a fin de excluir el tiempo trabajado en otra empresa de los salarios de trámite éste sea declarado bien en el acto de juicio, bien en el posterior incidente de ejecución por haber sido tal hecho desconocido para el ejecutado previamente. Ambas sentencias son igualmente comentadas en el apartado 16.D) de esta crónica.

C) Incapacidad Temporal

Con cita de las SSTs de 16 de junio y 3 de octubre de 1994, y de 28 de mayo de 1999, la STS de 11 de febrero de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 335, declara una vez más la incom-

XII. El Proceso Laboral

patibilidad del percibo de salarios de tramitación en los supuestos en los que el trabajador despedido se encuentra en situación de Incapacidad Temporal y el despido es declarado improcedente. Conforme a dicha doctrina, si durante dicha situación no subsiste la obligación de abonar salarios ni de prestar servicios, no cabe tampoco aplicar la medida compensatoria de los salarios de tramitación para reparar un quebranto económico inexistente.

D) Reclamación al Estado. Tramitación y sobreseimiento de querrela

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de febrero de 2003, I.L. J 371, declara que no puede reclamarse del Estado el período de la tramitación en el que se interpuso una querrela por falsedad en documento, al tratarse en este caso de una acción que terminó en un sobreseimiento por ser inconsistente.

E) Cotización a la Seguridad Social

En un supuesto de despido improcedente en el que la empresa no optó en plazo por la indemnización, la parte actora insta incidente de no readmisión dictándose el correspondiente Auto que extingue la relación laboral. La actora reclama frente al INEM que no le concedió la prestación por no tener cubierto un período de cotización de 360 días. Mantiene la actora que la empresa debió cotizar por los salarios de tramitación hasta la fecha en la que le fue notificado el Auto extinguiendo la relación laboral, a lo que se opone el INEM. La STSJ de Andalucía (Málaga) de 20 de febrero de 2003, I.L. J 764, declara que, si al amparo del art. 279.2.c) LPL la empresa viene obligada a pagar salarios de tramitación hasta la fecha del Auto, “(...) es incuestionable que durante el período comprendido entre la fecha del auto y la fecha de notificación del mismo (...) tampoco existe obligación de cotizar (...)”.

F) Límite de su cómputo. Contrato temporal

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 23 de enero de 2003, I.L. J 729, analiza las consecuencias de un despido improcedente en el marco de un contrato temporal lícito y declara que los salarios de tramitación deben quedar limitados a la fecha de vencimiento del contrato temporal, en el caso de que esa fecha sea anterior a la de notificación de la sentencia, como ocurre en el supuesto enjuiciado.

12. RECURSO DE SUPPLICACIÓN

A) Acceso al recurso

a) Afectación general

La STS de 17 de febrero de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 34, establece que la afectación general, como requisito de admisión de recursos de suplicación, debe ser alegada y probada

por las partes en el proceso de instancia, mientras que la afectación general notoria debe ser tan sólo alegada (sin necesidad de prueba), no siendo posible su apreciación de oficio en la instancia. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Galicia de 22 de enero de 2003**, I.L. J 392. Reiterando y desarrollando esta doctrina, destacan igualmente las **SSTS de 24 de febrero, 12 y 28 de marzo, 1, 8, 10, 14 y 15 de abril, y 12 de mayo de 2003**, todas de la Sala Cuarta, I.L. J. 339, 466, 241, 496, 664, 508, 516, 523 y 805, respectivamente. En esta misma materia, la **STS de 9 de abril de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 249, recuerda que los hechos notorios conformes deben haber sido reconocidos por las partes de forma expresa. Por su parte, la **STSJ de Galicia de 22 de enero de 2003**, I.L. J 391, citando la **STS de 23 de octubre de 2002**, establece que la alegación de la afectación general y, en su caso, prueba, deberá reflejarse en el acta de juicio y en los hechos probados. Finalmente, la **STSJ de Cantabria de 30 de enero de 2003**, I.L. J 417, desestima el recurso de queja que se interpuso al entender que el recurso de suplicación fue correctamente inadmitido al no existir afectación general.

b) Cuantía litigiosa

En lo que se refiere a la cuantía litigiosa mínima que permite recurrir en suplicación, la **STSJ de Cataluña de 13 de febrero de 2003**, I.L. J 354, entiende que las peticiones relativas al derecho de ausencia retribuida de media hora por lactancia, cuando van ligadas a reclamaciones de cantidad, son cuantificables económicamente y han de exceder del mínimo del art. 189 LPL (1.803 euros). De acuerdo con la **STS de 30 de abril de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 262, cuando no se reclama el derecho a obtener una prestación de Seguridad Social, sino que se reclama una cantidad concreta en concepto de IT, esta cantidad ha de exceder de 1.803 euros. Según la **STSJ del País Vasco de 25 de febrero de 2003**, I.L. J 443 y la **STSJ de Cataluña de 14 de abril de 2003**, I.L. J 704, este límite también deberá sobrepasarse cuando se discute la base reguladora aplicable.

B) Depósito para recurrir

Al igual que la **STS de 30 de enero de 2002**, la **STS de 29 de enero de 2003**, Sala Cuarta, I.L. J 327, establece que la falta de constitución del depósito que exige el art. 227.1 LPL para recurrir en suplicación es subsanable.

C) Defectos de formulación: cita del precepto infringido

La **STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2003**, I.L. J 111, declara que en atención al carácter extraordinario del recurso de suplicación, no basta la cita genérica de una ley, sino que es necesaria la del precepto concreto supuestamente vulnerado y cuya interpretación y alcance se peticiona. En términos similares se pronuncia la **STSJ de Asturias de 7 de febrero de 2003**, I.L. J 737. Por otra parte, la **STSJ de Murcia de 28 de abril de 2003**, I.L. J 723, establece que la defectuosa construcción de los motivos del recurso no es causa de su íntegra inadmisión. La **STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de enero de 2003**, I.L. J 181, afirma que los pactos sociales entre el Gobierno, las organizaciones empresariales

XII. El Proceso Laboral

y sindicales no son normas jurídicas y, por tanto, no pueden invocarse al amparo del art. 191.c) LPL.

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. CONTRADICCIÓN NECESARIA

Las SSTS de 19, 20 y 25 de febrero de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 56, 58 y 59, respectivamente, establecen que la necesidad de contradicción que regula el art. 217 LPL exige que las resoluciones que se aportan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales, y aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de “hechos, fundamentos y pretensiones substancialmente iguales”. En este sentido, las SSTS de 29 de enero y 11 de marzo de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 327 y J 457, respectivamente, afirman que a los efectos de evidenciar la contradicción, el recurrente deberá efectuar una comparación de los hechos de las sentencias, del objeto de las pretensiones y de los fundamentos de éstas. A su vez, la STS de 12 de marzo de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 464, establece que es obligación de la parte recurrente suplir las omisiones por remisión en que haya podido incurrir la sentencia referencial (por ejemplo, certificación del Secretario de la Sala sobre un documento al que la sentencia de contraste se remite). Por otra parte, la STS de 24 de marzo de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 487, recuerda la doctrina de la Sala según la cual, aunque los motivos de casación se centren exclusivamente en infracciones procesales, la parte recurrente ha de acreditar la disparidad que justifica el recurso de casación para la unificación de la doctrina.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Inexistencia de maquinación fraudulenta

No existe maquinación fraudulenta del actor en orden a la determinación del domicilio de la empresa cuando se indica el domicilio que se hizo constar en la carta de despido, siendo la empresa quien debe actuar diligentemente si a posteriori modifica su domicilio con el riesgo de no recibir notificaciones. Así lo establecen las SSTS de 19 de febrero de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 54 y 55.

B) Documentos que habilitan el recurso

La STS de 26 de febrero de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 62, desestima el recurso de revisión por dos motivos: (i) posibilidad de haber utilizado otro medio de impugnación antes de la firmeza de la sentencia, y (ii) un documento fechado 18 meses después de dictarse la sentencia no permite la revisión de dicha sentencia. En concreto, a pesar de que la actual redacción de las causas de revisión (art. 510 LEC) se refiere a documentos que se “recobren u obtuvieren” después de pronunciada la sentencia, se mantiene la doctrina consolidada del TS, según la cual estos documentos son aquellos que existían con anteriori-

dad a la fecha de la sentencia. En la misma línea interpretativa resuelve la STS de 5 de mayo de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 788.

15. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL ORDINARIA

La STC 17/2003, de 30 de enero (recurso de amparo 1150/1999), I.L. J 30, que a su vez se comenta en el apartado 8.A) de esta crónica, acoge el amparo solicitado por la trabajadora recurrente en un procedimiento por despido. La sentencia de instancia había declarado la nulidad del despido porque la actora se encontraba embarazada, y el TSJ había revocado dicha sentencia, declarando que se trataba de la extinción de un contrato temporal. Contra la sentencia de suplicación no se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, acudiéndose directamente al amparo. Citando más de una decena de sentencias, el TC declara también en esta ocasión que para cumplir con el requisito del agotamiento de la vía judicial previa, la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina sólo es necesaria cuando no exista duda de su posibilidad efectiva y real, así como de su adecuación para reparar los derechos fundamentales que se hubieran vulnerado. Igualmente, la STC establece que la parte que pretende hacer valer su no interposición como motivo de inadmisibilidad, debe acreditar la efectiva posibilidad de dicho recurso, no bastando con efectuar vagas invocaciones al mismo. Como ninguna de las dos situaciones descritas concurren en el caso analizado, el TC otorga el amparo solicitado. Por su parte, la STC 39/2003, de 27 de febrero (recurso de amparo 1254/2001), I.L. J 146 (a dicha sentencia se formula un Voto particular), desestima el amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa. Mantiene el TC que el recurrente en amparo no utilizó los cauces procesales legalmente previstos para que su derecho pudiera ser reparado en la vía judicial, por cuanto no instó el incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia firme de la Sala de lo Social del TSJ contra la que recurre en amparo. A juicio del TC, como quiera que el recurrente alega que la sentencia dictada en suplicación es incongruente por haberse pronunciado sobre un extremo que no se había cuestionado en vía de recurso, el recurrente debió instar ante dicha Sala la nulidad de actuaciones una vez firme la sentencia de suplicación “(...) y, al no hacerlo así, le negó al órgano judicial la posibilidad de reparar la lesión que ahora denuncia a través del presente recurso de amparo (...)”. En relación con otros aspectos, esta sentencia se comenta igualmente en el apartado 10 de esta crónica.

16. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Sentencia declarativa

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de marzo de 2003, I.L. J 589, establece que no ha lugar a la ejecución de sentencias meramente declarativas sino que debe instarse un nuevo procedimiento en reclamación del derecho reconocido.

XII. El Proceso Laboral

B) Sucesión de empresa

La STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2003, I.L. J 702, así como la STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de marzo de 2003, I.L. J 769, declaran que para extender la ejecución de una sentencia a una empresa sucesora es necesario que la sucesión de empresa haya tenido lugar tras la constitución del título ejecutivo.

C) Devengo de intereses

Las SSTS de 18 de febrero y 7 de abril de 2003, Sala Cuarta, I.L. J 338 y J 246, respectivamente, reiteran que los intereses de demora corren desde la notificación de la sentencia de condena, no exigiéndose que tenga la condición de firme. A su vez, la STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de enero de 2003, I.L. J 407, establece que en supuestos en que la sentencia de suplicación incrementa la cantidad líquida objeto de condena los intereses se calcularán en dos tramos: desde la fecha de la sentencia de instancia y por la cantidad de condena en ella establecida, y desde la fecha de la sentencia que incrementa la cantidad de condena y sobre esta última cantidad; en cambio, si la segunda sentencia reduce la cantidad de condena fijada en la sentencia de instancia, los intereses se devengarán desde la fecha de la primera sentencia pero por la suma establecida en la segunda sentencia.

D) Salarios de tramitación

De conformidad con la STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2003, I.L. J 409, para poder compensar los salarios de tramitación con los percibidos en otra empresa con anterioridad a la vista del juicio de instancia, es necesario que la empresa alegue y pruebe dicha circunstancia en el acto de juicio; en caso contrario, a posteriori sólo podrán alegarse y probarse para su deducción los salarios que se hayan percibido en otra empresa tras la celebración del juicio oral. La STSJ de Extremadura de 25 de febrero de 2003, I.L. J 755, matiza que esta declaración de los salarios recibidos en otra empresa puede realizarse en el acto de juicio o en incidente de ejecución, según el momento en que la empresa tenga conocimiento de ello. Ambas sentencias han sido también comentadas en el apartado 11.B) de esta crónica.

17. COSTAS

En aplicación de la jurisprudencia del TS, la STSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2003, I.L. J 350, establece que el pago en costas de los honorarios del Letrado debe incluir la liquidación del IVA correspondiente.

18. TEMERIDAD Y MALA FE

La STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de enero de 2003, I.L. J 404, así como la STSJ de Cataluña de 19 de febrero de 2003, I.L. J 361, revocan la sanción por temeridad impues-

ta por el juzgador *a quo* tras recordar los requisitos para que dicha sanción pueda imponerse: (i) constituye una facultad del juez de instancia, (ii) ha de acreditarse mala fe (conciencia de la parte sobre la falta de consistencia jurídica de su pretensión) o temeridad (ausencia inexcusable de la diligencia más elemental), y (iii) motivación por el juez de instancia.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

MARIO BARROS GARCÍA

ANA HIGUERA GARRIDO

JUAN REYES HERREROS

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Equipos de trabajo. 2. Prevención de riesgos y movilidad funcional. 3. Responsabilidad contractual. A) Prescripción. B) Cuantía indemnizatoria.

4. Recargo de prestaciones. A) Compensación de culpas. B) Relación de causalidad.

C) Extensión del recargo al incremento del veinte por ciento de la incapacidad total “cualificada”.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Son muy pocas las sentencias que en los cuatro primeros números de la *Revista Información Laboral Jurisprudencia* de 2003 (marginales J 1 a J 805) tienen relación directa con el ámbito normativo de la prevención de riesgos laborales (apenas el uno por ciento en términos relativos), reflejo de una baja producción jurisprudencial y, por consiguiente, de una escasa litigiosidad que bien podría significar que la prevención goza de una buena salud en el sistema de relaciones laborales, si no fuera porque esta tendencia contrasta con la realidad estadística que presenta la siniestralidad laboral, la tramitación de una reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales, las reivindicaciones sindicales o la preocupación que destilan la sociedad y los medios de comunicación por las cuestiones relativas a la seguridad y salud de los trabajadores.

Un total de ocho sentencias de distintos órganos jurisdiccionales enjuician aspectos como la movilidad funcional por razones de salud, la tan reiterada responsabilidad por daños y perjuicios y de recargo de prestaciones o, en el marco de la jurisprudencia de la Unión Europea, el incumplimiento por Italia de la adaptación al Derecho interno de la Directiva 89/655/CEE, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo.

1. EQUIPOS DE TRABAJO

En efecto, la *STJCE* de 10 de abril de 2003, I.L. J 70, antes de declarar el incumplimiento por parte de la República italiana, examina la doctrina jurisprudencial sobre la adaptación del Derecho interno a las Directivas, de modo que es indispensable que se garanti-

ce de forma efectiva “la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulta de dicho Derecho sea suficientemente clara y precisa y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales”. Adaptación, por otra parte, que tampoco se produce, y frustra, por consiguiente, los derechos de los trabajadores y su invocación, cuando la disposición de Derecho interno es de carácter general y demasiado vaga frente a las exigencias concretas previstas en el Anexo de la Directiva. La aplicación de esta doctrina en el marco preventivo deja muy poco margen de maniobra a los Estados miembros, en particular, cuando el incumplimiento se predica de los Anexos que tienen un carácter técnico detallado, incorporan una regulación exhaustiva o enuncian disposiciones imperativas. En realidad, como pusiera de relieve la doctrina (Sancho Cuesta), muchas Directivas específicas operan como un Reglamento comunitario al exigir que los Estados miembros introduzcan en sus respectivas legislaciones medidas técnicas detalladas, precisas y puntuales que dan lugar a una regulación uniforme por las exigencias mismas de la adaptación.

Uno de los aspectos más relevantes de esta sentencia versa sobre la puesta en marcha de equipos de trabajo que no permitan ver o cerciorarse sobre la presencia de personas en zonas peligrosas que pueden resultar afectados por su acción. La utilización de estos equipos debe ir precedida de un sistema seguro de señales de advertencia que avisen de su puesta en funcionamiento, pero a esta medida, como indica el Tribunal, se añade la exigencia de que el trabajador expuesto a la situación de peligro debe disponer de tiempo para abandonar la zona y/o de los medios para sustraerse a los riesgos provocados por la puesta en marcha y/o la detención del equipo de trabajo, de modo que el solo establecimiento de las señales de advertencia no cumple las exigencias de adaptación, tal como se prevé en el párrafo tercero del número 2.1 del Anexo de la Directiva. Por último, el Tribunal pone de relieve que la previsión de la normativa italiana, basada en la necesidad de adaptación al progreso técnico de las normas de seguridad, “no exime a un Estado miembro de poner en vigor las disposiciones mínimas exigidas por la Directiva 89/665”. Rechaza, por tanto, que la introducción de un estándar de protección basado en un principio normativo propio del ordenamiento interno sea conforme con las exigencias más precisas de medidas específicas y concretas de protección y agote la eventual protección que éstas dispensan.

2. PREVENCIÓN DE RIESGOS Y MOVILIDAD FUNCIONAL

De otra parte, las dolencias, patologías o disminuciones de la aptitud física, definitivas o transitorias, que no desembocan en una incapacidad permanente o temporal, pueden tener un efecto sobre la prestación laboral y la seguridad y salud del trabajador que encuentran un remedio en uno de los principios generales de la acción preventiva contenido en la LPRL: la adaptación del trabajo a la persona [artículo 15.1.d)] y su concreción en el artículo 25 para aquellos trabajadores sensibles a determinados riesgos. En tal caso, el empresario viene obligado a adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias para garantizar la seguridad y salud del trabajador y a respetar la prohibición

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

de empleo en aquellos puestos de trabajo que puedan constituir una amenaza para él y/o terceros, actuaciones entre las que puede incluirse la movilidad funcional con carácter provisional o definitivo, incluso, como alternativa a una extinción por ineptitud sobrevenida.

La STSJ de Galicia, de 30 de enero de 2001, I.L. J 395, pone de relieve que también es posible la movilidad funcional “a iniciativa del trabajador” en dos supuestos: por ascenso, de acuerdo con el artículo 24 LET, y “por razones objetivas de protección a los trabajadores con capacidad disminuida (incapacidad permanente parcial) o por disminución fisiológica del trabajador (trabajadora embarazada) –artículo 26.2 y 3 de la Ley 31/1995–, o en situación de parto reciente o lactancia cuando las condiciones de su puesto de trabajo puedan incidir negativamente en su salud (...) o cuando el trabajador desarrolle una enfermedad profesional”, supuestos que no sólo requieren su acreditación, sino que las dolencias padecidas “le impidan el ejercicio de las tareas fundamentales de su profesión habitual (...) (y su desempeño) afecte a su proceso oftalmológico”, es decir, a su salud, dolencias o condiciones físicas. La sentencia no parece, por tanto, deducir un derecho del trabajador al cambio de puesto derivado del artículo 25 LPRL y únicamente los limita a los supuestos señalados, al menos para los trabajadores de establecimientos militares, como ocurre en el caso enjuiciado –aunque conviene tener presente que las previsiones contenidas en dicho artículo han de entenderse vigentes a tenor del RD 1932/1998, de 11 de septiembre, y, por tanto, plenamente aplicables (Sánchez Trigueros)–, de ahí que para justificar el cambio de puesto se remita al procedimiento previsto en el convenio colectivo que exige la declaración de incapacidad laboral.

3. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y PERJUICIOS

A) Prescripción

Por último, esta crónica se cierra con una materia que, por recurrente, no deja de estar presente en esta reseña de jurisprudencia: la responsabilidad por daños y perjuicios y de recargo de prestaciones, que realza la vertiente reparadora y devalúa el enfoque preventivo que debe primar en la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. De los múltiples problemas que plantea la responsabilidad por daños y perjuicios, la **STSJ de Asturias de 21 de enero de 2003**, I.L. J 310, aborda y analiza el inicio del plazo prescriptivo de la acción para exigir este tipo de responsabilidad. Frente a la tesis sostenida por el juzgador en la instancia, de considerar que la acción prescribe al año desde que pudo haberse ejercitado, la Sala acoge, en cambio, la teoría del conocimiento, de modo que el cómputo se inicia en el momento que “el trabajador conozca los diversos elementos que le permitan la traducción económica del daño causado por el suceso, y entre ellos, el alcance de las prestaciones del sistema obligatorio de la Seguridad Social que recibe como consecuencia del accidente laboral y cumplen asimismo una finalidad reparadora”. La STSJ de Asturias sigue, por tanto, el criterio establecido en unificación de doctrina –en la denominada doctrina del *quantum* indemnizatorio único sobre una tutela reparadora fragmentada que trata de dar respuesta a los problemas procesales que plantea este tipo de reclamaciones– que sitúa la fecha inicial para el cómputo del plazo en la

de reconocimiento de la prestación económica por el INSS, momento en que se conoce el verdadero alcance de los daños y perjuicios, y que en la sentencia objeto de comentario se concretan por lesiones permanentes no invalidantes derivadas del accidente de trabajo por falta de medidas de seguridad.

B) Cuantía indemnizatoria

En relación con la cuantía indemnizatoria, la **STSJ de Canarias de 2 de abril de 2003**, I.L. J 682, parte de la doctrina de las SSTS de 17 de febrero de 1999 y 2 de octubre de 2000 para reconocer la aplicación del principio de reparación integral de los daños y perjuicios por los accidentes de trabajo con el límite del enriquecimiento injusto. Para cuantificar la indemnización, la Sala, tras considerar que puede recurrirse a normas del ordenamiento que baremicen o establezcan módulos para indemnizar determinadas secuelas y cuya utilización “en todo caso exige proporcionalidad entre el daño y la reparación”, señala que en el caso enjuiciado la indemnización fijada por el Juzgado de lo Social repara íntegramente la lesión sufrida por el trabajador (amputación del brazo derecho) ya que “se está ejercitando la acción aquiliana ex artículo 1902 del Código Civil –puesto que por la responsabilidad derivada de la relación laboral, según se dice en el fundamento tercero de la sentencia ya se ha declarado al actor en situación de Incapacidad Permanente Total, cuya prestación puede verse incrementada en un 30 por ciento a un 50 por ciento de recargo, por incumplir la empresa con sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo”. Esta transcripción íntegra de la *ratio decidendi* de la Sentencia pone de manifiesto algunos problemas derivados de una tutela fragmentada y la toma en consideración de un eventual recargo de prestaciones para considerar agotada la responsabilidad contractual junto a la prestación de Seguridad Social reconocida al trabajador, distinta de la responsabilidad extracontractual que sirve para fundar la total reparación. Sin duda, resulta, al menos, cuestionable que esta sentencia se refiera a un eventual recargo, que no queda reflejado en la misma si se ha impuesto o no o si ha sido objeto de impugnación, para declarar agotada la responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

Para cerrar el conjunto de resoluciones judiciales relativas a la indemnización de daños y perjuicios, únicamente se deja constancia de la **STSJ de Murcia de 14 de abril de 2003**, I.L. J 721, puesto que su contenido es irrelevante y no merece ningún comentario.

4. RECARGO DE PRESTACIONES

A) Compensación de culpas

Más interesantes resultan, en cambio, las sentencias que enjuician el recargo de prestaciones en la medida que permiten deducir los eventuales incumplimientos empresariales en materia preventiva. En efecto, la **STSJ de Navarra de 17 de marzo de 2003**, I.L. J 593, toma en consideración las circunstancias causantes del accidente: la explosión de

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

un armario eléctrico como consecuencia de una maniobra realizada por el propio trabajador al no desconectar correctamente la tensión de la instalación, que le produce distintas quemaduras. La falta de señalización de los elementos existentes dentro del cuadro eléctrico, la existencia de fusibles antiguos de cuchilla, así como la falta de información suficiente al trabajador sobre los riesgos existentes en la instalación, le indujeron a una maniobra equivocada, circunstancias que justifican la imposición del recargo de prestaciones, aunque la imprudencia de la víctima es tomada en consideración a efectos de compensación de culpas en orden a fijar la cuantía del recargo dentro de los límites legales en su grado mínimo.

B) Relación de causalidad

El carácter sancionador atribuido al recargo de prestaciones exige, por otra parte, que el trabajador demuestre efectiva y fehacientemente la relación de causalidad entre el incumplimiento de medidas de seguridad y la lesión sufrida, sin que dicha relación pueda ser presumida. A partir de este criterio jurisprudencial consolidado, la **STSJ de Aragón de 16 de abril de 2003**, I.L. J 678, enjuicia los hechos que sirvieron al Juzgado de lo Social para declarar dicha responsabilidad. El trabajador fue declarado afecto de una incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional por aumento de tamaño de ambas aquéleas, que provocaban una limitación orgánica y funcional con dolor y marcha claudicante y riesgo de rotura del tendón. Tras instar el trabajador expediente de responsabilidad por falta de medidas de seguridad, el Juzgado de lo Social condena a la empresa al incremento de prestaciones al concluir que no se entregaron al trabajador botas con absorción de energía en el talón, lo que causó o adelantó el estado incapacitante del trabajador. La Sala, por su parte, rechaza que pueda presumirse que la dolencia sufrida traiga causa de un incumplimiento por no facilitar calzado de seguridad adecuado cuando no se conoce cuál era el utilizado por el trabajador y si presentaba deficiencias en el talón.

C) Extensión del recargo al incremento del veinte por ciento de la incapacidad total “cualificada”

La **STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2003**, I.L. J 701, cierra esta crónica e incorpora un criterio novedoso en relación con la extensión del recargo a los casos de incapacidad permanente total cualificada. En este sentido, la sentencia extiende la aplicación del recargo de prestaciones al incremento del veinte por ciento previsto en el artículo 6.3 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, una vez cumplidos por el pensionista los cincuenta y cinco años de edad y atendiendo a la presunción de especial dificultad de empleabilidad por las causas señaladas en el párrafo segundo del artículo 139.2 de la Ley General de Seguridad Social. La Sala rechaza que dicho incremento constituya una mejora voluntaria y toma de prestado la argumentación utilizada por la STS de 27 de septiembre de 2000 para ampliar la aplicación del recargo de prestaciones al incremento del cincuenta por ciento de la gran invalidez. La Sentencia parte de que el incremento de la incapacidad permanente total cualificada se efectúa sobre la pensión “y éste es el concepto contenido en el artículo 123” de la Ley General de Seguridad Social, derivando en una interpretación de la voluntad del legislador la aplicación del recargo a dicho incremento por

constituir parte de la prestación. Rechaza, igualmente, que el incremento “tenga carácter circunstancial y provisional o transitorio” y sigue razonando que su falta de devengo “durante el período en que el inválido total encuentre un empleo compatible con tal declaración, no es razón suficiente para su denegación en términos generales, sino que es una derivación de aquella suspensión cuando proceda”.

Esta sentencia rectifica, por influjo de la STS de 27 de septiembre de 2000, su doctrina expresada en la Sentencia de 9 de diciembre de 1999 que rechazaba la aplicación del recargo a este incremento. Por el contrario, ahora, acoge una opción que amplía su aplicación a prestaciones futuras que, pese a todo, tienen un carácter circunstancial, supeditado a que el trabajador con cincuenta y cinco o más años no obtenga un empleo compatible con su capacidad residual, y que la Sentencia del TSJ de Cataluña lo despacha vinculándolo a la suspensión del devengo del incremento de la prestación cuando el pensionista realice algún tipo de trabajo compatible con su capacidad laboral residual. Esta doctrina, además de plantear ciertas dudas sobre su solidez argumental, puede generar una cierta complejidad de orden práctico en la gestión recaudatoria a la hora de fijar la capitalización del recargo de prestaciones, ya que ésta se establece de acuerdo con el valor actual del capital coste para atender el pago de una prestación que, a diferencia de la prestación de la que trae causa, tiene un carácter circunstancial y exigiría recalcular dicho valor, si con posterioridad al reconocimiento y abono del incremento, se produce la suspensión del mismo, y así sucesivamente en todas las situaciones de reinicio y suspensión de la prestación incrementada.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

F. MENÉNDEZ DÍEZ

Higiene industrial. Manual para la formación del especialista

[Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, julio 2003, 462 páginas]

LEX NOVA

La presente monografía, que ya alcanza su segunda edición, representa una trabajada obra técnica, pionera en su género, la cual nos proporciona una explicación práctica de los supuestos tipificados en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

MENÉNDEZ DÍEZ (cuyo quehacer académico en la materia es sobradamente conocido) aporta claridad de ideas a un ámbito tan complejo y de tan reciente eclosión como es la higiene industrial, con el único fin de alcanzar una mayor y más completa profesionalización del especialista. Esto lo lleva a cabo teniendo en cuenta la prácticamente nula conciencia social que sobre esta realidad ha habido hasta hace unos pocos años.

A lo largo de once capítulos, este manual constituye una útil herramienta científica con el solo objeto de evitar, en la medida de lo posible, todo ese sinfín de experiencias negativas –a menudo con trágicos resultados– que se producen en el transcurso del desempeño de la profesión u oficio. Cada uno de los apartados en los que se desglosa el libro está íntegramente dedicado a un riesgo laboral en particular, examinando meticulosamente cualquier peligro, por pequeño e improbable que parezca, susceptible de producir un perjuicio para el traba-

jador. Dentro de este amplio abanico, se estudian desde los riesgos toxicológicos hasta los de última generación –como son los referentes a la telefonía móvil–, pasando por los medioambientales, químicos, acústicos, biológicos o aquellos ocasionados por cualquier otro agente externo (vibraciones, iluminación, radiaciones, etc.)

Merece destacarse el perfecto modelo expositivo que ha seguido el autor en el desarrollo de la obra, ya que sus coherentes explicaciones se ven constantemente acompañadas de ejemplos, esquemas, gráficos, dibujos y fórmulas que facilitan, aun más si cabe, el entendimiento y la comprensión de los distintos supuestos contenidos en la misma.

Todo el análisis que aquí se realiza pone de relieve que la seguridad y salud en el trabajo se ha erigido en uno de los fines constitucionales de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, no recayendo tan sólo sobre la responsabilidad del trabajador sino también sobre todas y cada una de las esferas sociales y consiguientes administraciones.

Estamos, pues, ante el instrumento adecuado para ser utilizado por todos aquellos técnicos en prevención que pretendan obtener la especialización en el área tratada, suponiendo, también, una guía orientada hacia el empleador o empresario acerca de la adecuación de su estructura profesional a los nuevos procesos industriales y crecientes exigencias del avance tecnológico de cara a la consecución de todos los fines preventivos.

En definitiva, ya el mero hecho de que sea ésta su segunda edición pone de manifiesto que nos encontramos ante un manual de una gran calidad práctica y muy valorado por los interesados, ya que viene a aportar una visión crítica y profunda de este campo tan relevante en el presente mundo laboral.

A. M^a. BADIOLA SÁNCHEZ**La nulidad de la extinción del contrato de trabajo**

[Lex Nova, Valladolid, agosto 2003, 724 páginas]

LEX NOVA

La obra ante la que nos encontramos supone un hito, al constituir el primer estudio exclusivo de un tema tan poco abordado por la doctrina, y sin embargo de tan cotidiana y trascendente relevancia, como es la nulidad de la extinción del contrato de trabajo.

BADIOLA SÁNCHEZ, a lo largo de seis completos capítulos, nos plantea el tratamiento de la cuestión resaltando su reciente regulación, tanto legislativa como doctrinal, que tomó cuerpo a raíz de la promulgación de la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras de 1999, ya que es en ella donde se plasma la problemática de conciliación entre ambas figuras sociales.

El primer capítulo, a modo de introducción, nos define el concepto de nulidad y la evolución que ha sufrido a lo largo del tiempo. Esta aclaración inicial resulta muy útil, ya que tras el término “nulidad” se esconden diferentes sanciones jurídicas, aunque con un único fin: el de impedir que determinados negocios jurídicos, que nunca debieron nacer, adquieran la eficacia necesaria para obligar. La autora realiza un examen paralelo de la nulidad civil y la derivada de la relación en el trabajo partiendo de la distinción entre nulidad absoluta, radical o de pleno derecho y la denominada “anulabilidad”, es decir, la sujeta al ejercicio de una actuación con efectos constitutivos. Se ahonda más, en esta primera parte, en los temas de ineficacia sobrevenida del contrato de trabajo –en relación a los supuestos de resolución del artículo 1124 del Código Civil– y en la configuración definitiva de la noción de nulidad objeto de estudio.

El segundo de los capítulos, sin duda el más importante en contenido y extensión de la monografía, trata la nulidad en el despido disciplinario. La exposición de este bloque se lleva a cabo a través de un minucioso y pormenorizado análisis de cada clase de nulidad, en función de las circunstancias que la motivan: por defectos de forma, por fraude de ley, por despido de trabajadores con contrato suspendido y por motivos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas del propio trabajador. Es en esta modalidad de despido donde se han producido las mayores novedades legales y jurisprudenciales.

Los tres siguientes capítulos ponen de manifiesto la completa labor investigadora que contiene el libro, ya que el mismo no sólo se detiene en la profundización de la modalidad abordada en el anterior apartado, sino que abarca también el eventual juego de la nulidad de la extinción del contrato en supuestos menos frecuentes, pero no por ello menos importantes, como es el caso de, por ejemplo, la nulidad de la extinción por causas objetivas, la nulidad en los despidos colectivos, en supuestos extintivos que no constituyen despido, etc.

Por último, el sexto capítulo “Reglas procesales y efectos de la calificación de la nulidad” se proyecta sobre todo el contenido de la obra, al referirse a temas genéricos de tramitación y procedimiento, de repercusión de la sentencia declarativa de nulidad y de la posibilidad de recurrir y la ejecución del propio recurso.

Un amplio apartado sobre bibliografía citada sirve como cierre al estudio monográfico.

En definitiva, nos encontramos ante un trabajo cuya principal aportación es la madurez y elaboración de lo tratado, destacando su constante referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales y reformas legislativas más recientes en materia laboral. Resulta necesario apuntar que el libro es fruto de la dedicación llevada a cabo por la autora en la elaboración de su Tesis Doctoral, a la cual se concedió el Premio de Investigación a las mejores Tesis Doctorales por el Consejo Social de la Universidad de Cantabria en 2002.

D. LANTARÓN BARQUÍN

Ordenación de la solución extrajudicial de los conflictos laborales

[Lex Nova, Valladolid, agosto 2003, 1.042 páginas]

LEX NOVA

El presente libro estudia una normativa de reciente aparición insuficientemente abordada por nuestro ordenamiento: la solución extrajudicial de los conflictos laborales. Lo novedoso de la materia analizada se pone de relieve al comprobar que, ya desde hace varios años, la Organización Internacional de Trabajo ha venido manifestando que las abundantes carencias del sistema español en el área de las relaciones en el trabajo eran consecuencia de la prácticamente nula presencia de procedimientos de este tipo en el transcurso de nuestra historia legal.

La obra proporciona al especialista nuevas fórmulas para abordar el problema tratado y ahonda en los mecanismos propios (conciliación, mediación y arbitraje) para conseguir resolver las múltiples variedades de conflictos que tan a diario surgen en el universo profesional, centrándose en el examen de los medios autónomos de resolución, en la intervención administrativa y en el arbitraje obligatorio.

El autor estructura su exposición en cuatro trabajados bloques temáticos. El primero de ellos, introductorio, aparte de llevar a cabo una inicial caracterización general, hace una completa aproximación al tema en cuestión analizando el sistema preconstitucional –la herencia social y normativa que de él hemos recibido, la cual se ha convertido en un pesado lastre– y el papel que ha jugado la propia Constitución Española. El segundo de los apartados está dedicado al examen de

la extrajudicialidad administrativa y su trámite o procedimiento, a través del estudio de dos trascendentes disposiciones legislativas como son el todavía práctico Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT) y el ya fallido Real Decreto-Ley 5/1979, de 26 de enero, por el que se crea el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación. El siguiente capítulo centra su contenido en una de las figuras más importantes de la materia, el arbitraje obligatorio *ex lege*, ya que su creciente relevancia en el área de la solución de conflictos así lo corrobora. Se trata de la proyección o repercusión que el citado mecanismo refleja en supuestos concretos como las huelgas de especial gravedad –haciendo hincapié en la competencia que los gobiernos autonómicos poseen en estos casos– o las cuestiones electorales, sin dejar atrás la mención que hace acerca de su relación con la autonomía colectiva y el derecho a la tutela judicial efectiva. En el mismo queda patente la gran experiencia acumulada y conocimiento que el autor atesora, ya que LANTARÓN BARQUÍN viene desempeñando funciones de árbitro electoral de forma ininterrumpida desde 1994.

Por último, el cuarto bloque de la monografía, sin duda el más amplio en extensión, se detiene en la parte de más cercana evolución en el tiempo, es decir, en los modelos privados de solución de conflictos y sus distintas modalidades, y en la negociación colectiva.

No sería justo olvidarnos de las atractivas reflexiones reflejadas y opiniones vertidas por el propio autor en la obra que, aunque puedan tildarse de polémicas, son muestra de la libertad, profundización e imparcialidad expositiva seguida en la elaboración del libro.

En definitiva, el hecho de que la publicación sea fruto de una tesis calificada con la máxima nota académica y merecedora del premio de investigación a las mejores Tesis Doctorales, concedido por el Consejo Social de la Universidad de Cantabria en 2002, convierte su consulta en obligada referencia.

VVAA

Los inmigrantes y el mundo del trabajo

[Universidad Pontificia de Comillas, 2003, 266 páginas]

LEX NOVA

La presente publicación nace como fruto del desarrollo del curso monográfico titulado *Los inmigrantes y el mundo del trabajo* cuya organización corrió a cargo del Instituto Universitario de Estudios Migratorios de la Universidad Pontificia de Comillas, en Madrid. En ella se recoge un compendio de los más importantes contenidos de las lecciones impartidas durante la duración del citado curso.

El manual, en sus nueve apartados –diferenciados en virtud de las distintas materias estudiadas; ocho de ellos analizados por experimentados autores y uno por un prestigioso colectivo– nos obliga a hacer una profunda reflexión acerca del sacrificio que los trabajadores provenientes de otros países han llevado y llevan a cabo para encontrar su lugar en un mercado laboral ajeno y así completar enteramente algo tan básico para nosotros, pero tan difícil de alcanzar para ellos, como es el status y la dignidad propia que como hombres libres nos pertenecen. Es en el empeño por la obtención de estos valores en lo que centra sus explicaciones el libro.

TORNOS CUBILLOS (que pertenece al Instituto promotor del curso), en la primera parte de la obra, expone el tema desde un punto de vista histórico, proyectado sobre la evolución de las sociedades humanas y su batalla por la supervivencia. Los siguientes estudios (realizados por los profesores LORENZO CACHÓN y PEDREÑO CÁNOVAS, de la Universidad Complutense de Madrid y de la Universidad de Murcia respectivamente, y por el colectivo, Equipo de Investi-

gación Sociológica) intentan dar respuesta al porqué de la acumulación de los trabajadores inmigrantes en los espacios laborales más desestructurados, es decir, en empleos tan cotidianos como el servicio doméstico, la hostelería, la construcción, la agricultura, etc. También analizan cuestiones más particulares como la situación de las mujeres inmigrantes o la protección de los espacios laborales de los nativos por parte del Estado y de la Unión Europea.

Los posteriores capítulos abarcan no sólo lo referente al tratamiento normativo y legislativo que se ha efectuado dentro de nuestro ordenamiento de cara a la consecución de una mayor eficacia reguladora de esta creciente y, cada vez más, conflictiva realidad social –vías de acceso al mercado de trabajo español, concesión y renovación de las autorizaciones y permisos para trabajar–, sino también lo relativo a la vertiente sindical del problema (lucha contra la explotación y la clandestinidad, fomento de políticas antidiscriminatorias y de integración); la actitud y compromiso empresarial ante estos supuestos y, por último, el reflejo de la contribución prestada por la acción tutelar del Estado representada por la Inspección de Trabajo –sus mecanismos y trámites legales– y por la cobertura que dispensa el sistema de Seguridad Social ante cualquier posible contingencia que pueda llegar a surgir.

Cabe destacar la variedad de cada uno de los apartados previamente mencionados, al correspondiente ámbito laboral del autor, y así nos encontramos –aparte de los dos docentes anteriormente nombrados– con profesionales expertos en esta temática (SERRANO VILLAMANTA), inspectores de trabajo (ARAGÓN BOMBÍN) y miembros de sindicatos representativos (PALOMA LÓPEZ, de Comisiones Obreras, y VERGÉ I OMS, de la Unión de Pagesos / Coag).

Resulta también importante señalar que, acompañando la exposición doctrinal de la obra, nos encontramos con multitud de tablas y gráficos que introducen al lector en la situación examinada y le hacen adquirir un conocimiento veraz y realista del mundo labo-

ral en que nos hallamos y del futuro que nos podamos encontrar de ahora en adelante.

Estamos, pues, ante una práctica monografía, cuyo atractivo contenido y claridad de ideas hacen de ella una útil referencia a utilizar por el interesado o especialista.

S. DEL REY GUANTER y otros

El estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas

[Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2003, 1.228 páginas]

LEX NOVA

Esta obra realiza un estudio crítico, más valorativo que descriptivo, de una realidad negocial muy amplia: la negociación colectiva sectorial de los últimos tres años, así como de una selección de convenios de empresa en el mismo período de tiempo.

A iniciativa de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, y como resultado de un Convenio de colaboración entre la Universidad Pompeu Fabra y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, se lleva a cabo este estudio. El profesor DEL REY GUANTER dirige un equipo de investigación cuyos miembros ya estudiaron el impacto de la regulación colectiva sobre las diferentes materias que trata esta obra en los años noventa. Por este motivo, el interés de esta obra es mayor; los autores

no se limitan a analizar el período 1999-2001, sino que pueden comparar con la situación de la década pasada.

El presente estudio investiga sobre los aspectos esenciales que configuran las relaciones laborales, tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva.

El propósito del volumen no es otro que realizar un análisis de las características que presenta la regulación de las principales materias y condiciones laborales en la reciente negociación colectiva, desarrollada en el ámbito empresarial y supraempresarial. Se intenta analizar el mayor número posible de materias, como son el acceso al empleo de los trabajadores (cláusulas de empleo y fórmulas de contratación temporal), aspectos más organizacionales (innovación tecnológica, clasificación y promoción profesional, movilidad funcional y geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo), condiciones de trabajo (tiempo de trabajo y salario) y los principales supuestos de extinción de la relación laboral (la extinción del trabajo por causas objetivas y el despido disciplinario).

Los autores emplean una metodología en la que se combina un doble objetivo: informativo y analítico. En virtud del primero se presenta un panorama sobre qué cláusulas son las más frecuentes y/o relevantes en la regulación de las materias seleccionadas; el segundo les lleva a evaluar dicha regulación en sí misma. Por todo ello este trabajo resulta de especial utilidad para la Administración laboral o para los sujetos negociadores de Convenios Colectivos, en especial para las organizaciones empresariales y sindicales.