

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 consecuente a la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Sumario:

EDITORIAL:

- [5] **Pensión de viudedad y convivencia “more uxorio”, perfiles de una polémica (Notas a la STC 125/2003, de 19 de junio y al ATC 188/2003, de 3 de junio)**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [11] **Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

- [37] **La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales: una síntesis de jurisprudencia**

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN
ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[285] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Editorial

PENSIÓN DE VIUDEDAD Y CONVIVENCIA “MORE UXORIO”, PERFILES DE UNA POLÉMICA (NOTAS A LA STC 125/2003, de 19 de junio y al ATC 188/2003, de 3 de junio)

1. Las relaciones entre la pensión de viudedad y la convivencia “more uxorio” constituyen uno de los puntos de fricción más relevantes en el ámbito de la Seguridad Social. Los nuevos rumbos que se vienen apreciando en esta materia comienzan a poner en cuestión la premisa básica sobre la que se habían venido asentando gran parte de los razonamientos mantenidos en esta materia: “el matrimonio y la convivencia matrimonial no son situaciones equivalentes”. Tal idea, se ha dicho, debe ser revisada a tenor del indiscutible incremento y aceptación social de las uniones de hecho, lo que ha determinado que se promulguen leyes que, asumiendo esta evolución social, han regulado jurídicamente las uniones de hecho en forma muy parecida a las uniones matrimoniales.

En los últimos años, se han presentado en el Congreso de los Diputados diversas iniciativas parlamentarias sobre reconocimiento y protección de las uniones de hecho. Dentro de los últimos documentos en materia de uniones no matrimoniales destaca el del Partido Popular, que presentó en 1996 una propuesta de Ley Orgánica de uniones civiles, donde se prevé la celebración de un contrato de unión civil que se otorgará ante notario y se inscribirá en el Registro Civil. A tenor de su art. 8, se dotaba de nueva redacción al art. 174.1 LGSS, a tenor del cual, “tendrá derecho a una pensión en las mismas condiciones quien al tiempo del fallecimiento acreditase dependencia económica del causante y se encontrase ligado a él por un contrato de unión civil, concertado en legal forma al menos tres años antes, siempre que en dicho contrato se reconocieran a su favor derechos sucesorios con idéntico alcance al establecido en el Código Civil a favor del cónyuge”. Con posterioridad, en 1997, el Pleno del Congreso acordó tomar en consideración una Proposición no de Ley instada por Coalición Canaria que propuso, entre otras medidas, una reforma del art. 174.1 LGSS que posibilitara el acceso a la pensión de viudedad también de las uniones maritales de hecho. Más recientemente, en la misma línea, se ha movido la iniciativa presentada por el Grupo Mixto en el 2001, en la que se propone, precisamente, la modificación del art. 174.1 LGSS, que quedaría redactado en los siguientes términos: “Asimismo, tendrá derecho a una pensión con carácter vitalicio, en las mismas condiciones que las señaladas en el párrafo anterior, quien hubiere convivido de forma permanente en análoga relación de afectividad a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, con el fallecido”.

A lo anterior se añade la presentación en el Congreso de los Diputados, en los últimos años, de diversas iniciativas parlamentarias sobre reconocimiento y protección de las uniones de hecho. Por otra parte, en varias Comunidades Autónomas existen leyes dirigidas a ese fin; en concreto, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas, aprobada por el Parlamento de Cataluña; la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables, aprobada por las Cortes de Aragón; la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, aprobada por el Parlamento de Navarra; la Ley 1/2000, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, aprobada por las Cortes Valencianas; la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables de las Illes Balears y, por último, la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Madrid.

En este contexto aparecen los dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, ambos emanados de su Pleno, que centran el presente comentario. De un lado, la **STC 125/2003, de 19 de junio**, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre la disposición adicional décima, regla quinta, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio y, de otro, el **ATC 188/2003, de 3 de junio**, que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona sobre el art. 174.1 LGSS del Real Decreto-ley 1/1994, de 20 de junio, que exige el requisito de vínculo conyugal para acceder a la pensión de viudedad; y la disposición adicional 10.2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio que, excepcionalmente, establece la posibilidad de acceder a la pensión de viudedad por parte de quienes, habiendo convivido maritalmente, tuvieron la imposibilidad legal de casarse hasta la vigencia de dicha ley, siempre que el fallecimiento acaeciera antes de la vigencia de la misma.

2. La **STC 125/2003, de 19 de junio**, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En la misma se plantean los siguientes hechos ocurridos con anterioridad a 1992. D.^a Esther estuvo casada con D. José Manuel durante un período de su vida. Con posterioridad, D. José Manuel contrajo matrimonio en segundas nupcias con D.^a María Jesús. A la muerte del marido de ambas, el INSS fijó la pensión de viudedad a prorrata del tiempo en que cada una de ellas estuvo casada con aquél (95% para D.^a Esther, 5% para D.^a María Jesús). Al conocer D.^a María Jesús que D.^a Esther estaba conviviendo maritalmente con D. Ángel procedió a demandar a ésta para que dejara de percibir la referida pensión. A tal fin, alegó como fundamentos legales sustantivos de su pretensión la aplicación de la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, en relación con el art. 101 del Código Civil y 160 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo. En instancia, la pretensión fue desestimada. Contra la referida Sentencia, D.^a María Jesús formalizó recurso de suplicación. En el citado rollo de suplicación, el Tribunal, una vez cumplimentado el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal previsto en el art. 35.2 LOTC, dictó Auto, en fecha de 14 de noviembre

de 1997, acordando elevar cuestión de inconstitucionalidad, por estimar que le plantea dudas la conformidad con el principio de igualdad recogido en el art. 14 CE, de la disposición adicional décima, regla 5 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco consideraba que si declaraba extinguida la pensión de viudedad de D.^a Esther, la primera mujer perdería su pensión por convivencia marital sobrevinida, dado que, de acuerdo con las reglas para la extinción de la pensión de viudedad contenidas en la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, “los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo ciento uno del Código Civil”, el cual establece como causa de cesación de la pensión conyugal derivada de la nulidad, separación o divorcio la “convivencia marital con otra persona”. Por el contrario, si D.^a María Jesús conviviera maritalmente con un tercero, la pensión no se extinguiría al aplicarse la regla contenida en el art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que desarrolla reglamentariamente, en cuanto a la extinción de la pensión de viudedad, el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social, y que establece, en su apartado a), que la pensión de viudedad se extinguirá por contraer nuevas nupcias.

El Tribunal Constitucional ha declarado en su STC 125/2003, de 19 de junio, con el voto discrepante de cinco magistrados, “la inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de “vivir maritalmente con otra persona”. No obstante, es importante tener presente que la disposición legal objeto de la cuestión de inconstitucionalidad ha quedado derogada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que, en su disposición derogatoria única, establece que, a partir de su entrada en vigor, perderá su vigencia: “la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio”. Es evidente que, pese a que el Tribunal se pronuncia sobre derecho derogado en cualquier lector avisado se generarán inmediatamente fundadas dudas, a pesar de la expresa exclusión que efectúa el referido pronunciamiento, de los efectos que dicha decisión está llamada en el futuro a producir sobre el vigente art. 174.3 LGSS.

Por una parte, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo un solo matrimonio no anulado, ni se divorció o separó legalmente de su cónyuge, pues, en tal caso, el viudo o viuda percibirá pensión aun cuando conviva *more uxorio* con otra persona. Y, por otra, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo dos o más matrimonios, pues, en tal supuesto el o los cónyuges cuyo matrimonio fue anulado, o se encuentren divorciados o legalmente separados, que obtuvieron dicha clase de pensión, la perderán en el caso de convivir maritalmente con otra persona, mientras que el viudo que tenía reconocido vínculo matrimonial al tiempo del fallecimiento del causante no la pierde aunque mantenga ese mismo tipo de convivencia.

Fundamenta su fallo el Tribunal en el hecho de que es evidente que la regulación antes descrita conduce a la aplicación de normativas distintas para regular un mismo tipo de

pensiones: la Ley General de la Seguridad Social de 1974 para los viudos *stricto sensu* convivientes con el causante en el momento de la muerte de éste (independientemente de que lo sean de un causante que hubiera contraído un único matrimonio con dicho viudo, o que hubiere contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio), y la Ley 30/1981 para los cónyuges del causante cuyos matrimonios se hubieran extinguido por divorcio así como los legalmente separados de aquél. Y, es evidente también, que la diferencia entre los regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho (la convivencia *more uxorio* del titular de la pensión de viudedad), en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados) y no en otros (en los de viudos no separados, lo sean de un matrimonio único del causante y, por tanto, sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiadores, o lo sean de un matrimonio del causante al que precedieron otros extinguidos por divorcio).

Concluye, por ello, el Pleno del Tribunal Constitucional que “la constatación de un panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supérstites, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia *more uxorio* pueda aplicarse en unos casos y no en otros. Como pone de relieve el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, si la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esta circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo”.

3. En la medida que tras los cambios apuntados al inicio de este editorial pudieran suscitar ciertas dudas sobre la vigencia de la doctrina constitucional relativa a la consideración como beneficiario de la pensión de viudedad del conviviente *more uxorio*, el **Auto 188/2003, de 3 de junio**, viene a aclarar tal posible duda manteniendo la línea doctrinal que desde la STC 184/1990, de 15 de noviembre, ha mantenido el Alto Tribunal.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional, con el precedente de la STC 27/1986, de 19 de febrero, en su STC 184/1990, de 15 de noviembre, dictada por el Pleno en cuestión de inconstitucionalidad, inauguró la doctrina conforme a la cual no se considera discriminatoria la situación legislativa que permite denegar la pensión de viudedad al supérstite de una pareja de hecho. En el referido pronunciamiento se afirma que el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado en el régimen contributivo a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica del cónyuge supérstite, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del falleci-

do. Con posterioridad, la doctrina constitucional ha mantenido la línea interpretativa sentada por la STC 184/1990, esto es, la constitucionalidad de la exigencia de vínculo matrimonial para acceder a la pensión de viudedad. Así, las SSTC 29/1991, 30/1991, 35/1991, 38/1991, todas de 14 de febrero, 77/1991, de 11 de abril y 66/1994, de 28 de febrero o el ATC 232/1996, de 22 de julio, resolviendo diversos recursos de amparo, han reiterado la citada doctrina. A título de ejemplo, la STC 66/1994, de 28 de febrero, FJ 3, la cual reitera de nuevo que “aun admitiendo la subsunción de la libertad negativa a contraer matrimonio –art. 32.1 de la CE– en el art. 16.1 de la CE, es claro que el derecho a no contraer matrimonio como un eventual ejercicio de la libertad ideológica no incluye el derecho a un sistema estatal de previsión social que cubra el riesgo de fallecimiento de una de las partes de la unión de hecho (...), pues, en definitiva, aunque la libertad ideológica no se agota en una dimensión interna, sino que alcanza también la expresión de las propias libertades a tener una actuación coherente con ello y a no sufrir sanción o injerencia de los poderes públicos por su ejercicio, ello no puede llevar a condicionar los requisitos fijados para la concesión de una prestación, a la supresión, eliminación o exigencia de los mismos”.

En este caso, el **Auto 188/2003, de 3 de junio**, nuevamente se replantea, a la luz de los avances sociales, la cuestión. Los hechos que fundan la cuestión de inconstitucionalidad son los siguientes. D.^a Luisa solicitó pensión de viudedad, a raíz del fallecimiento de D. Miguel, con el que la actora había convivido de forma estable durante más de cuarenta años. La circunstancia de que D.^a Luisa y el fallecido no estuvieran casados fue social y familiarmente ocultada a lo largo de toda la convivencia marital, hasta el punto que la hija de ambos, nacida en 1972, no tuvo conocimiento de la misma hasta la propia denegación de la pensión de viudedad. Dicha solicitud fue denegada por resolución del INSS, “por no ser o haber sido cónyuge del fallecido, no existiendo imposibilidad legal para haber contraído matrimonio con anterioridad a la fecha del fallecimiento, según lo establecido en la disposición adicional décima núm. 2 de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en relación con el artículo 174 LGSS”. D.^a Luisa interpuso demanda contra el INSS, por la que solicitaba el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad con ocasión del fallecimiento de D. Luis. El Juez, a la vista de las alegaciones recibidas, decidió plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

El referido **Auto** considera que “actualmente, se sigue condicionando el acceso a la pensión de viudedad a que el beneficiario acredite la existencia de matrimonio legítimo con el sujeto causante, sin que las uniones no matrimoniales, hasta el momento, puedan acceder a esta protección, al no existir impedimento legal para convertir su unión en matrimonial y, dado que tampoco constituyen una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”. Pese a lo expuesto, y en línea con lo señalado por el Auto que promueve la cuestión de inconstitucionalidad, aun cuando el Tribunal Constitucional toma en consideración las importantes novedades que, en los últimos años, se han producido en esta materia y que han ido destinadas a incorporar en plano de igualdad a las uniones no matrimoniales con las matrimoniales, concluye que “si bien es cierto que no puede desconocerse que con la actual regulación se producen, en muchos casos, situaciones de desprotección social para el superviviente de

una unión de hecho cuando fallece el único sostén de la familia con quien ha mantenido en vida vínculos estables de asistencia y apoyo mutuos, aunque éstos no derivaran del matrimonio, también lo es que existen argumentos constitucionales para mantener que la negativa a conceder derecho de pensión de viudedad en las uniones de hecho no es arbitraria ni discriminatoria”.

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal^(*)

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

Catedrático de Derecho
del Trabajo
Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado *Uría & Menéndez*

Sumario:

1. Los aspectos laborales y los derechos de los trabajadores, cuestión determinante en la tramitación de la Ley Concursal. 2. Jurisdicción del Juez del concurso y de los

Jueces del orden social: el Juez del concurso como “Juez laboral”. A) La fase declarativa. B) La fase de ejecución. C) La fase de recurso: la recuperación de competencias del orden social de la jurisdicción. D) La representación y defensa procesales de los trabajadores y la citación como parte del Fondo de Garantía Salarial. **3. Los efectos de la**

declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos.

Propuesta de convenio y artículo 44 ET. A) El principio de la continuidad de la actividad empresarial y su excepción. B) Los contratos de trabajo: concurso, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo: características generales. C) Legitimación y requisitos de la solicitud de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo. D) El período de consultas y el informe de la autoridad laboral. E) El Auto del Juez y su recurso; las acciones de los trabajadores relacionadas con su relación individual y el nuevo incidente concursal laboral. F) Las medidas propuestas y, en su caso, aceptadas por el Juez del concurso: modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y los particulares supuestos de traslados colectivos con movilidad geográfica y de accio-

(*) Este trabajo será publicado en la Revista Actualidad Jurídica *Uría & Menéndez*. Agradezco al comité de redacción de aquella Revista que hayan permitido la publicación del trabajo en ésta.

nes individuales *ex* artículo 50.1.b) ET. G) Los contratos de trabajo del personal de alta dirección. H) Los convenios colectivos. I) Propuesta de convenio y artículo 44 ET.

4. Los créditos de los trabajadores. A) Créditos contra la masa: salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y los créditos laborales generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso. B) Créditos refaccionarios con privilegio especial: los créditos sobre los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario. C) Créditos con privilegio general: créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo y las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso. Referencia a los créditos ordinarios y subordinados y al reconocimiento de créditos. D) La reforma del artículo 32 ET. **5. Las operaciones de liquidación.** A) El plan de liquidación, informe de los representantes de los trabajadores y modificación, suspensión y extinción de contratos de trabajo. B) Las reglas legales supletorias de las operaciones de liquidación: la enajenación preferentemente como un todo, la audiencia de los representantes de los trabajadores, la preferencia por las ofertas de compra que garanticen la continuidad de los puestos de trabajo, la posibilidad de que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial y los posibles acuerdos de modificación de condiciones colectivas de trabajo.

1. LOS ASPECTOS LABORALES Y LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES, CUESTIÓN DETERMINANTE EN LA TRAMITACIÓN DE LA LEY CONCURSAL

Como era de esperar, los aspectos laborales y los derechos de los trabajadores han sido determinantes y han condicionado de forma notable la tramitación parlamentaria de la recientísima Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), publicada en el Boletín Oficial del Estado de 10 de julio de 2003. Incluso con anterioridad a que se conociera el texto del proyecto aprobado y enviado por el Gobierno al Congreso de los Diputados, ya el anteproyecto de LC había encontrado el rechazo, entre otros, de dos importantes y caracterizados colectivos: los Jueces de lo Social y los Sindicatos de trabajadores.

De forma sustancialmente coincidente, los primeros rechazaban su absoluta pérdida de competencias y el radical y poco matizado trasvase de las mismas en favor del Juez del concurso, no sólo en la fase de ejecución sino también en la fase declarativa.

La queja sindical, por su parte, hacía especial hincapié en la pérdida o retroceso en los derechos y garantías de los trabajadores. Ambas quejas o lamentos eran compartidas y se reflejaban en un conjunto de trabajos doctrinales, algunos de los cuales tuvo una notable influencia en el devenir de la tramitación posterior de la LC¹.

También los informes del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), del Consejo de Estado y del Consejo Económico y Social realizaron algunas significadas e influyentes observaciones críticas, de mayor o menor intensidad, sobre estos aspectos.

Así las cosas, el posterior discurrir de la tramitación de la LC, comenzando ya por el propio proyecto de Ley enviado al Congreso de los Diputados, ha consistido, en cierta y buena medida, y por así decirlo, en una recuperación de supuestas o reales “posiciones perdidas” por los Jueces de lo Social y por las garantías y derechos de los trabajadores. Quizás el texto final de la LC haya perdido algo de coherencia desde su originaria concepción unitaria y no disgregadora (singularmente por lo que se refiere a las competencias del Juez del concurso), pero sólo así se ha conseguido que fuera aprobada por unanimidad e incluso, al cabo, satisfacer la ampliamente sentida y desde hace tanto tiempo inaplazable exigencia de contar con una nueva LC. Puede entenderse, así, que es un “precio” del consenso y, quizás, la única forma de que fuera aprobada la LC.

**LOS JUECES DE LO SOCIAL
MANTIENEN LA JURISDICCIÓN
EN LA FASE DECLARATIVA
SOBRE LAS ACCIONES
SOCIALES SALVO EN
DETERMINADOS SUPUESTOS,
MIENTRAS QUE SE RESERVA
DE FORMA EXCLUSIVA Y
EXCLUYENTE AL JUEZ DEL
CONCURSO LA JURISDICCIÓN
SOBRE TODA LA EJECUCIÓN**

(1) Vid., por todos, RÍOS SALMERÓN, B., “El anteproyecto de Ley concursal y los trabajadores ;requiem por el art. 32 de su Estatuto”, *Revista de Derecho Social*, 2001, núm. 14, págs. 57 y ss.; MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., “El anteproyecto de Ley Concursal: señal de alarma ante una reforma legal indispensable”, *Actualidad Laboral*, 2001, núm. 38, págs. 755 y ss.; GUALDA ALCALÁ F.J., y LILLO PÉREZ, E., “La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, 2001, núm. 22, págs. 119 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F., “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”, *Aranzadi Social*, 2002, núm. 18, págs. 10 y ss.; ALAMEDA CASTILLO, M^a.T., “La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales”, *Actualidad Laboral*, 2002, núm. 32, págs. 659 y ss.; de la misma autora, *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Pamplona, 2002, especialmente págs. 43 y ss.

2. JURISDICCIÓN DEL JUEZ DEL CONCURSO Y DE LOS JUECES DEL ORDEN SOCIAL: EL JUEZ DEL CONCURSO COMO “JUEZ LABORAL”

A) La fase declarativa

Tal como ha quedado finalmente la LC, tras la declaración del concurso, los Jueces de lo Social siguen teniendo jurisdicción, en la fase declarativa, sobre todas las acciones sociales con la única excepción de las que tengan por objeto “la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores” [artículo 8.2º LC; obviamente en el mismo sentido, el artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), añadido por el artículo 2.7 de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ (LORC), cuya aprobación definitiva por el Congreso tuvo lugar igualmente el día 19 de junio de 2003, publicándose asimismo en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 27 de junio de 2003]².

Como se sabe, la solicitud de declaración de concurso la puede presentar un acreedor, y por tanto los trabajadores, fundándola en “el incumplimiento generalizado” de las obligaciones de “pago de los salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades” (artículo 2.4.4º LC).

Es verdad que los términos recién expuestos de la jurisdicción del Juez del concurso ya se recogían en el proyecto de LC remitido al Congreso de los Diputados. Pero, como es bien sabido, no ocurría así en el anteproyecto de LC, en el que se preveía que la jurisdicción del Juez del concurso fuera exclusiva y excluyente sobre “todas las acciones (...) sociales con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el concursado”. Como puede advertirse, esta previsión del anteproyecto de LC fue una de las primeras correcciones que se hicieron, ya en el proyecto de Ley y sin esperar a su tramitación parlamentaria, recuperando así los Jueces de lo Social muchas de las competencias que iban a perder.

(2) Como ha observado B. RÍOS SALMERÓN, la mención a “acciones sociales que tengan por objeto la extinción, (...) o suspensión colectivas de los contratos de trabajo” (artículos 8.2 LC y 86 ter LOPJ) es desafortunada, toda vez que no hay acciones sociales en estas materias a deducir ante el orden jurisdiccional social, sino que se trata de resoluciones administrativas fiscalizables jurisdiccionalmente ante el orden contencioso-administrativo. Más correcto es, en este sentido, el artículo 64.1 LC, que se refiere a las competencias del Juez del concurso en “los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales”; el defecto –menor– del artículo 64.1 LC radica en el uso del singular en “colectiva”. Estos defectos, especialmente los de los artículos 8.2 LC y 86 ter LOPJ, se producen porque cuando se reforma y perfecciona la redacción de un precepto –en nuestro caso, la del artículo 64.1 LC– no siempre se repara en que por coherencia debiera hacerse lo mismo con los preceptos relacionados –los artículos 8.2 LC y 86 ter LOPJ–. Vid. sobre todo ello RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003”, *Actualidad Laboral*, 2003, núm. 21, págs. 364, nota 19, 366 y 373, nota 25.

Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal

Sea como fuere, los Jueces de lo Social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el Juez del concurso se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante este último Juez; de admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (artículo 50.1 LC). Los Jueces de lo Social ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones “que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase” (artículo 50.2 LC).

Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación en el momento de la declaración del concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del Juez del concurso ex artículo 8 LC, se estén tramitando en primera instancia y “respecto de los que el Juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores” (artículo 51.1 LC).

El Juez del concurso, en el enjuiciamiento de las materias sobre las que tiene jurisdicción (la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección; artículo 8.2º LC), sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la LC, debe tener en cuenta “los principios inspiradores de la ordenación estatutaria y del proceso laboral”. Cabe decir, así, que, en el enjuiciamiento de estas materias, el Juez del concurso tiene que revestirse y actuar como si fuera un Juez de lo Social³. La quizás confusa referencia a la ordenación estatutaria debe entenderse hecha al Estatuto de los Trabajadores. Para los principios inspiradores del proceso laboral son especialmente relevantes los artículos 74 y 75 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL).

La Disposición Final Decimoquinta de la LC da nueva redacción a diversos preceptos de la LPL, haciéndose eco y reflejando la reordenación de competencias entre el Juez del concurso y los órganos jurisdiccionales del orden social. Se modifican, en este sentido, los artículos 2.a), 4.1 y 6 LPL y se añaden a la LPL una letra d) al artículo 3.1 y una nueva Disposición Adicional Octava.

B) La fase de ejecución

Al contrario de lo que ha acabado ocurriendo en la fase declarativa, la LC mantiene el criterio de reservar de forma exclusiva y excluyente al Juez del concurso la jurisdicción sobre “toda ejecución” frente al concursado, si bien el texto final de LC ciñe aquella exclusiva y excluyente jurisdicción a “toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado” (artículo 8.3º; cursivas obviamente mías), por lo que las ejecuciones sin ese alcance patrimonial seguirán en manos de los Jueces de lo Social.

(3) Como expresivamente se ha hecho notar, al Juez del concurso “casi se le transmuta en juez de trabajo a estos efectos, pues en su proceder ha de someterse a criterios, sustantivos y procesales, del derecho laboral”, pasando a convertirse, “funcionalmente, en un auténtico Juez social”; B. RÍOS SALMERÓN, “La Ley Concursal y los trabajadores ...”, cit., págs. 364 y 375; en el mismo sentido, pág. 365.

Con esta importante y última matización y precisión, la LC se mantiene aquí fiel a su inicial solución de eliminar las ejecuciones separadas laborales, criterio que reitera la nueva redacción del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (ET), concretamente en el segundo inciso de su apartado 5. Es terminante, en este sentido, el artículo 55.1 LC, al establecer que “declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, (...), contra el patrimonio del deudor”, si bien podrán continuarse “las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado” con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, “siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad del proceso productivo del deudor” (artículo 55.1 LC). Las actuaciones que se hallaren en tramitación quedan en suspenso desde la fecha de declaración del concurso (artículo 55.2 LC), siendo nulas de pleno derecho las actuaciones que se practiquen en contravención de lo establecido en los apartados 1 y 2 (artículo 55.3 LC).

Es cierto que se exceptúa de lo anterior lo establecido en la LC para los acreedores con garantía real (artículo 55.4 LC). Pero también lo es que “los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad, no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación” (artículo 56.1 LC).

En definitiva, aun a riesgo de incurrir en cierta simplificación, cabe decir que la LC elimina la ejecución separada laboral y mantiene la ejecución separada de las garantías reales, si bien esta última ejecución se paraliza hasta que transcurra un año (o se apruebe un convenio en los términos mencionados).

Del predominio de la LC y del Juez del concurso en materia de ejecución se hacen eco el nuevo artículo 235.5 LPL y la nueva redacción del artículo 246.3 LPL introducidos por la Disposición Final Decimoquinta de la LC.

C) La fase de recurso: la recuperación de competencias del orden social de la jurisdicción

Se ha dicho ya que el Juez del concurso tiene jurisdicción exclusiva y excluyente sobre las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección (artículo 8.2º LC). Sin embargo, los recursos contra las resoluciones del Juez del concurso en estas materias no van a ser los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil sino, por el contrario, los recursos propiamente laborales regulados en la LPL y singularmente el recurso de suplicación. En otros términos, aquellos recursos no serán resueltos por las Secciones especializadas de las Audiencias Provinciales (artículo 82.4 LOPJ, en la redacción dada por el artículo 2.4 LORC), sino por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ). Se advierte, así,

Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal

que, en vía de recurso, el orden social de la jurisdicción recupera la jurisdicción perdida en la instancia en favor del Juez del concurso.

Esta importante novedad se introdujo en el debate sobre la LC en el Congreso de los Diputados. Podría pensarse en que no se quiere fragmentar, dispersar o dualizar la doctrina sobre la materia en dos órdenes jurisdiccionales distintos, a fin de evitar criterios discrepantes entre ambos. Pero, sin perjuicio y con independencia de lo anterior, probablemente se haya querido sobre todo asegurar que sea el orden social de la jurisdicción (concretamente las Salas de lo Social de los TSJ y, en última instancia, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo; TS) y no el orden civil el que tenga la última palabra y sienta jurisprudencia sobre materias que son propiamente laborales. Y, así, será en última instancia el orden social de la jurisdicción el que sienta jurisprudencia, por ejemplo, sobre las razones o causas que, en caso de procedimiento concursal y de desacuerdo entre la administración concursal y los representantes legales de los trabajadores, permiten al Juez del concurso acordar la extinción colectiva de los contratos de trabajo, sin que tales razones o causas tengan que ser necesariamente coincidentes con las causas del artículo 51.1 ET. Lo paradójico de la situación resultante de la LC es que sólo en situaciones de concurso las Salas de lo Social de los TSJ tendrán competencias sobre lo anterior, pues, como se sabe, en el derecho vigente, en situaciones de no concurso, la suspensión y extinción colectivas no competen al orden jurisdiccional social, sino, tras la correspondiente resolución administrativa, al orden contencioso-administrativo.

Los artículos 64.8 y 197.7 LC son exponentes de la recuperación de competencias, vía recurso, por parte del orden social de la jurisdicción. Es de interés, asimismo, el artículo 196.3 LC. Y todavía más expresivos son la nueva redacción del artículo 188.1 LPL y el nuevo apartado 5 del artículo 189 LPL que incorpora la Disposición Final Decimoquinta de la LC.

Tras la LC, el artículo 188.1 LPL establece que “Las Salas de lo Social de los TSJ conocerán de los recursos de suplicación que se interpongan contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social de su circunscripción, así como contra los autos y sentencias que puedan dictar los jueces de lo mercantil que se encuentren en su circunscripción y que afecten al derecho laboral”. Por su parte, el nuevo artículo 189.5 LPL establece que son recurribles en suplicación “los autos y sentencias que se dicten por los

**SE EXIME A LOS
TRABAJADORES DE ACTUAR
EN EL PROCEDIMIENTO
CONCURSAL REPRESENTADOS
POR PROCURADOR Y
ASISTIDOS DE LETRADO,
POR LO QUE PODRÁN
ACTUAR POR SÍ MISMOS**

Juzgados de lo Mercantil en el proceso concursal y que resuelvan cuestiones de carácter laboral”.

De conformidad con el artículo 64.8 LC, el Auto del Juez del Concurso respecto de la modificación, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo es recurrible en suplicación y por cualquier otro recurso previsto en la LPL. Estos recursos “se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales”. Algo muy similar establece el artículo 197.7 LC respecto de la sentencia que resuelva incidentes concursales.

En el curso de la tramitación de la LC en el Senado se introdujo un nuevo artículo 195 denominado “incidente concursal en materia laboral”. Este incidente será analizado en el apartado 3.5 de este trabajo.

D) La representación y defensa procesales de los trabajadores y la citación como parte del Fondo de Garantía Salarial

Con carácter general, en el procedimiento concursal se actúa siempre representado por Procurador y asistido de Letrado (artículo 184 LC, en sus apartados 2, 3, 4, ...).

Sin embargo, se exime de esta exigencia a los trabajadores, quienes conservan, aun en el seno del procedimiento concursal, las “ventajas” previstas en la LPL. Ello significa, en la práctica, que en el procedimiento concursal los trabajadores podrán actuar por sí mismos o conferir su representación a procurador, graduado social colegiado o a cualquier otra persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (artículo 18.1 LPL) y que no tendrán que estar asistidos de letrado (artículo 21.1 LPL). También podrán los trabajadores otorgar la representación a letrado (artículo 18.2 LPL). La LC (Disposición Final Cuarta) ha modificado, por lo demás, el apartado d) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, concediendo este derecho en el orden jurisdiccional social a los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, “tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales”.

Es, entre otros, a los preceptos de LPL citados en el párrafo anterior a los que implícitamente remite el artículo 184.6 LC, el cual en su texto final ha considerado preciso mencionar que en el procedimiento concursal se aplican las previsiones de la LPL sobre representación y defensa de los trabajadores, “incluidas las facultades atribuidas a los Graduados Sociales y a los Sindicatos”. Se trata, en el caso de los Sindicatos, del artículo 20 LPL.

El Fondo de Garantía Salarial (“FOGASA”) debe ser citado como parte en el procedimiento concursal “cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores” (artículo 184.1 LC).

3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y LOS CONVENIOS COLECTIVOS. PROPUESTA DE CONVENIO Y ARTÍCULO 44 ET

A) El principio de la continuidad de la actividad empresarial y su excepción

Con carácter general, la declaración del concurso no interrumpe la actividad empresarial (o profesional) que viniera ejerciendo el deudor (artículo 44.1 LC), teniendo los créditos así generados, por cierto, la consideración de créditos contra la masa (artículo 84.5 LC), por lo que serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC.

Como excepción a lo anterior, el Juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor “y de los representantes de los trabajadores”, podrá acordar mediante auto “el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciere una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta”; “cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, el Juez actuará conforme a lo establecido en los artículos 8.2º y 64 LC” (artículo 44.4 LC). Seguidamente se analiza el largo artículo 64 LC.

B) Los contratos de trabajo: concurso, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo: características generales

El artículo 64 LC regula los posibles efectos del concurso sobre los contratos de trabajo y concretamente en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo y suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo.

Como se va a ver de inmediato, probablemente lo más llamativo de la regulación es que, en caso de concurso, será el Juez del concurso (y no la autoridad laboral) quien autorice o acuerde la suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y será asimismo el Juez del concurso (y no el empresario tras el período de consultas) quien acuerde la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Como se sabe, en ausencia de concurso es la autoridad laboral quien autoriza la suspensión y extinción colectivas (artículos 47 y 51, especialmente apartados 5 y 6, ET). Pero en caso de concurso, la autoridad laboral se limita a elaborar el informe que le recaba el Juez del Concurso (artículo 64.6 LC). Por lo demás, este informe de la autoridad laboral se introdujo en el debate parlamentario, sin que estuviera previsto en el diseño inicial de lo que hoy es la LC.

Y, como asimismo se sabe, en ausencia de concurso, es el empresario quien, al cabo, y tras el período de consultas, decide la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41.4, párrafo cuarto, ET).

El nuevo artículo 57 bis ET (“Procedimiento concursal”), introducido por la Disposición Final Decimocuarta.2 LC), establece, precisamente, que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la LC”.

Ahora bien, de forma coincidente con ideas ya expresadas, a lo largo del complejo debate parlamentario del artículo 64 LC se ha asistido a un progresivo y cada vez mayor acercamiento a los artículos 51 y concordantes ET, hasta el punto de que en no pocos de sus pasajes el artículo 64 LC reproduce literalmente el artículo 51 ET y, sea como fuere, “en todo lo no previsto (en el artículo 64 LC) se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma” (artículo 64.11 LC). Reiteradamente expresa la LC su voluntad de que los representantes de los trabajadores no pierdan las competencias que les reconoce la legislación laboral. La aplicación supletoria de la legislación laboral establecida por el artículo 64.11 LC subsana la no reproducción en el artículo 64 LC de pasajes del artículo 41 ET, al contrario de lo que ocurre con el artículo 51 ET.

C) Legitimación y requisitos de la solicitud de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo

Una vez presentada ante el Juez del concurso la solicitud de declaración de concurso, los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo se tramitarán ante aquel Juez por las reglas establecidas en el artículo 64 LC (artículo 64.1 LC).

Los legitimados para solicitar del Juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo son: “la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales” (artículo 64.2 LC).

En principio, la adopción de las anteriores medidas sólo puede solicitarse del Juez del concurso una vez que se haya emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el Capítulo I del Título IV de la LC (artículos 74 y 75 LC). Ahora bien, en caso de estimarse que la “demora” en la aplicación de las “medidas colectivas” pueda “comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa”, y siempre que se acredite “esta circunstancia”, la petición podrá realizarse al Juez del concurso “en cualquier momento procesal desde la presentación de la solicitud de declaración de concurso” (artículo 64.3 LC).

La solicitud debe “exponer y justificar” las “causas motivadoras” de las “medidas colectivas” pretendidas y “los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación” (artículo 64.4 LC). Si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, la solicitud debe ir acompañada de un “plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo” (artículo 64.5, párrafo segundo, LC).

D) El período de consultas y el informe de la autoridad laboral

Una vez recibida la solicitud de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo, el Juez del concurso convoca a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un “período de consultas”, cuya duración “no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales” en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores (artículo 64.5, párrafo primero, LC). Es visible aquí el eco del artículo 51.4, párrafo primero, ET, pero con la importante diferencia de que en la LC se convierte en un período máximo lo que en el ET es un período mínimo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario (deudor) o por la administración concursal, la comunicación a los trabajadores del inicio del período de consultas debe incluir “copia de la solicitud” prevista en el artículo 64.4 LC y de “los documentos que en su caso se acompañen” (artículo 64.5, último párrafo, LC).

Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deben “negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo”. Dicho acuerdo requerirá “la conformidad de la mayoría de los miembros del Comité o Comités de Empresa, de los Delegados de Personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos” (artículo 64.6, párrafo primero, LC). El precepto reproduce prácticamente en su literalidad los dos penúltimos párrafos del artículo 51.4 ET.

Al finalizar el plazo señalado “o en el momento en que se consiga un acuerdo”, “la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al Juez del concurso el resultado del período de consultas” (artículo 64.6, párrafo segundo, LC). A resaltar que la comunicación la deben hacer ambos y no sólo una parte, como es el caso del empresario en el artículo 51.4, último párrafo, ET.

Una vez que ha recibido la comunicación anterior, el Juez del concurso recaba “un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado”. El informe debe ser emitido en el plazo de quince días y antes de su emisión, la autoridad laboral puede “oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores”. Una vez recibido el

SERÁ EL JUEZ DEL CONCURSO EL QUE AUTORICE LA SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN COLECTIVAS DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO Y ACUERDE LA MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO, LIMITÁNDOSE LA AUTORIDAD LABORAL A ELABORAR UN INFORME

informe por el Juez del concurso o una vez “transcurrido el plazo de emisión”, sigue el curso de las actuaciones. Ahora bien, aunque el informe se emita fuera de plazo, puede no obstante ser “tenido en cuenta por el Juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución” (artículo 64.6, párrafo segundo, LC).

Es reseñable la separación o diferencia de que hace gala el artículo 64.6 LC al regular el informe de la autoridad laboral respecto de la regulación del informe de la Inspección de Trabajo en el artículo 51.3, párrafo segundo, ET. En efecto, al contrario de lo que sucede con este último, el primer informe se recaba una vez finalizado el plazo del período de consultas. Además, la autoridad laboral tiene quince días para elaborar su informe, frente a los diez que tiene la Inspección de Trabajo. Y, en fin, aunque el informe de la autoridad laboral se emita fuera de plazo, puede ser tenido en cuenta por el Juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución (artículo 64.6, último inciso, LC).

E) El Auto del Juez y su recurso; las acciones de los trabajadores relacionadas con su relación individual y el nuevo incidente concursal laboral

Cumplidos todos los trámites anteriores, el Juez del concurso resuelve en un “plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho” (artículo 64.7, párrafo primero, LC). Las medidas propuestas y en caso aceptadas por el Juez del concurso son las que se examinan en los siguientes apartados de este trabajo (especialmente epígrafe 3.6, pero también, en lo que sea competente el Juez del Concurso, en los epígrafes 3.7 y 3.8). El artículo 64.7, párrafo primero, LC trata de recoger, así, el artículo 51.5 ET, pero de forma escueta y con vacíos de regulación que se debieran colmar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.11 LC, con la aplicación del artículo 51 ET y singularmente, en los que ahora nos ocupa, con su apartado 5, lo que llevaría a interpretar que si el Juez del concurso no dicta su auto en el plazo de cinco días, el acuerdo alcanzado habría de entenderse aceptado. Sin embargo, la aplicación del silencio administrativo positivo a las resoluciones judiciales probablemente no sea, como se ha dicho expresivamente, “ni siquiera imaginable”⁴.

En todo caso, y con la excepción apuntada, de existir acuerdo, el Juez debe aceptarlo, lo que permite, por cierto, en caso de que se trate de extinciones colectivas, acordar indemnizaciones superiores a las del artículo 51.8 ET.

En el supuesto de que no exista acuerdo, así como en el supuesto de que apreciara fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en el acuerdo alcanzado, el Juez del concurso “determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral” (artículo 64.7, párrafo primero, LC), lo que podría conducir a aplicar, en el caso del artículo 51 ET, sus apartados 1, párrafo segundo y 6. Sin embargo, la conclusión no es segura, porque probable-

(4) RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal y los trabajadores...”, cit., pág. 368.

Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal

mente el Juez del concurso no tenga que atenerse estrictamente a las causas que en el artículo 51.1 ET permiten recurrir al despido colectivo⁵. Cabe decir, en este sentido, que, si bien es cierto que el Juez del concurso tiene que aplicar supletoriamente la legislación laboral (artículo 64.11 LC), también lo es que el Juez del concurso aplicará la legislación laboral a la luz de la legislación concursal y de sus principios inspiradores. El juego entre la legislación concursal y la laboral es, cabe decir, bidireccional.

El auto del Juez del concurso es recurrible en suplicación, así como a través del resto de recursos previstos en la LPL. Todos estos recursos “se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales” (artículo 64.8, párrafo primero, LC, en conexión con los ya citados artículos 188.1 y 189.5 LPL, en la redacción dada a los mismos por la Disposición Final Decimoquinta.5 y 6 LC).

Al ser recurrible en suplicación el auto del Juez del concurso será probablemente necesario que dicho auto contenga una relación de hechos probados y, probablemente, será asimismo el Juez del concurso ante quien se hagan los trámites del recurso de suplicación que, en situación no concursal, se hacen ante los Juzgados de lo Social⁶.

Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, “en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual”, se sustancian por el procedimiento del “incidente concursal”, siendo recurrible en suplicación la sentencia que recaiga (artículo 64.8, párrafo segundo, LC). El incidente concursal es el incidente concursal “laboral” regulado en el artículo 195 LC. Las cuestiones referidas estrictamente a “la relación jurídica laboral” serán probablemente las relativas a la concreta cuantía de la indemnización fijada para el trabajador, su salario, antigüedad, categoría profesional, etc.

De conformidad con el artículo 195 LC, si se plantea el incidente concursal a que se refiere el artículo 64.8 LC, la demanda se formulará de acuerdo a lo establecido con el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). El Juez advertirá, en su caso, a la parte de los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que lo subsane dentro del plazo de cuatro días, con apercibimiento de que, si no lo efectuase, se ordenará su archivo. Es clara la influencia del artículo 81.1 LPL, reproducido, en suma, en el artículo 195 LC, el cual, por cierto, no establece plazo alguno para plantear el incidente concursal laboral.

Si la demanda es admitida, el Juez señalará dentro de los diez días siguientes el día y hora en que habrá de tener lugar el acto del juicio, citando a los demandados con entrega de copia de la demanda y demás documentos, debiendo mediar en todo caso un mínimo de cuatro días entre la citación y la efectiva celebración del juicio (artículo 195.2 LC). El jui-

(5) Vid., en este sentido, si bien respecto de redacciones o versiones anteriores del actual artículo 64 LC, el trabajo de SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a.L., “Incidencia del proyecto de Ley concursal en la normativa laboral”, *Información Laboral Jurisprudencia*, 2002, núm. 9, pág. 22.

(6) Vid., en este sentido, RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley concursal y los trabajadores...”, cit., págs. 370 y 371.

cio —prosigue el artículo 195.2 LC— comienza con el intento de conciliación o avenencia sobre el objeto del incidente. De no lograrse avenencia, el actor se ratificará en su demanda (o la ampliará sin alterar sustancialmente sus pretensiones) y el demandado contesta oralmente. Seguidamente las partes proponen pruebas sobre los hechos en los que no hubiera conformidad, continuando el procedimiento conforme a los trámites del juicio verbal de la LEC, si bien tras la práctica de la prueba se otorgará a las partes un trámite de conclusiones (artículo 195.2 LC).

En el artículo 195.2 LC son claras, en mayor o menor medida, las huellas de los artículos 82.1 y 2, 85.1 y 2 y 87.4 LPL. Se trata de una muestra, por lo demás, de cómo se quiere que el Juez del concurso sea y actúe como un Juez de lo Social.

F) Las medidas propuestas y, en su caso, aceptadas por el Juez del concurso: modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y los particulares supuestos de traslados colectivos con movilidad geográfica y de acciones individuales ex artículo 50.1.b) ET

Las medidas propuestas y que, en su caso, serán aceptadas por el Juez del concurso si se ha alcanzado acuerdo sobre ellas, determinando en caso contrario dicho Juez “lo que proceda conforme a la legislación laboral”, son las siguientes: la modificación sustancial de condiciones de trabajo, la suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo. Singulares previsiones existen, como se verá, para los supuestos de traslados colectivos con movilidad geográfica y de las acciones individuales ex artículo 50.1.b) ET, las cuales, si se cumplen determinados requisitos, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo.

Una primera medida que se puede proponer y, en su caso, aceptar por el Juez del concurso es la modificación sustancial de condiciones de trabajo ex artículo 41 ET. A los “expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva” hace referencia el artículo 64.1 LC. La expresión “expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo” se incluyó por vez primera en el debate de la LC en el Senado. Hasta entonces el texto del precepto hablaba simplemente de “expedientes de modificación”. Por su parte, el artículo 8.2 LC habla de “extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo”, al igual que lo hacen el artículo 86 ter.1.1º LOPJ, añadido por el artículo 2.7 LORC, y el artículo 57 bis ET añadido por la Disposición Final Decimocuarta.2 LC, y al igual que lo hacían las primeras redacciones de lo que hoy es el artículo 64.1 LC.

La expresión finalmente utilizada por el artículo 64.1 LC, “expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, diferenciándola de los expedientes “de suspensión o extinción colectiva”, podría permitir plantear si el artículo 64 LC permite proponer al Juez del concurso y que éste acuerde modificaciones individuales (artículo 41.2 y 3 ET). Todo indica, sin embargo, que ello no es así, pues no sólo, como ha quedado dicho, el artículo 8.2º LC y el artículo 86 ter LOPJ (y el nuevo artículo 57 bis ET) siguen

hablando de “la extinción, modificación o suspensión colectivas”, sino que el propio texto del artículo 64 LC utiliza reiteradamente la expresión de “medidas colectivas” (así ocurre en los apartados 3, 4) y menciona la “modificación sustancial de carácter colectivo” (apartado 9), sin que en el contexto del precepto parezca posible interpretar que la suspensión del derecho de rescisión del contrato con indemnización se quiere extender a la modificación individual. Más bien ocurre, como se ha anticipado, que el Juez del concurso sólo puede adoptar modificaciones colectivas y no individuales. La posible duda interpretativa se ha planteado porque, como no pocas veces ocurre, se modifican los términos utilizados en un precepto (en el caso que ahora interesa, el artículo 64.1 LC) sin hacerse coherentemente lo mismo en los demás preceptos en donde antes se utilizaban los mismos términos (artículo 8.2º LC y artículo 86 ter LOPJ).

Otra cuestión que permite plantear la redacción del artículo 64 LC respecto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo es si se requiere que en todos los casos dicha modificación sea aceptada por el Juez del concurso. La respuesta es indudablemente afirmativa. Como se sabe, tras la eliminación en 1994 de la autorización administrativa, el empresario puede acordar unilateralmente la modificación sustancial aunque no haya habido acuerdo en el período de consultas y sin perjuicio —claro es— de que la decisión empresarial pueda ser impugnada ante los Tribunales laborales. Pero en caso de concurso, el Juez de lo Mercantil tiene que autorizar en todos los casos la modificación sustancial. Ciertamente, como ya se ha visto, si hay acuerdo en el período de consultas, el Juez del concurso aceptará el acuerdo alcanzado, salvo los supuestos ya mencionados de apreciación de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. Y si no se ha alcanzado acuerdo (o si se aprecian aquellas circunstancias), el Juez del concurso “determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”, esto es, conforme al artículo 41 ET. Al “auto judicial que autoriz(a)” la modificación sustancial hacen referencia los párrafos primero y tercero del artículo 64.9 LC.

En el supuesto de acordarse una modificación sustancial —“de carácter colectivo”, precisa el precepto— de las previstas en el artículo 41 ET, “el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dic-

**EN CASO DE EXTINCIÓN
DEL CONTRATO DE ALTA
DIRECCIÓN, EL JUEZ
CONCURSAL PUEDE
MODERAR LA
INDEMNIZACIÓN QUE
CORRESPONDA QUEDANDO
SIN EFECTO LA PACTADA
EN EL CONTRATO, CON
EL LÍMITE DE LA
INDEMNIZACIÓN
ESTABLECIDA
LABORALMENTE PARA EL
DESPIDO COLECTIVO**

tado el auto judicial que autorizó dicha modificación” (artículo 64.9, párrafo primero, LC). El citado derecho de rescisión del contrato con indemnización se reconoce, como se sabe, en el artículo 41.3, párrafo segundo, ET, al que remiten los dos últimos párrafos del artículo 41.4 ET.

La suspensión del derecho del rescisión del contrato con indemnización “también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de origen y a menos de sesenta kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo” (artículo 64.9, párrafo segundo, LC). Abandonando anteriores textos que limitaban la movilidad geográfica al ámbito de la Comunidad Autónoma, el texto definitivo del precepto se inspira en parte en el párrafo tercero del artículo 231.3 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), añadido por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

Tanto en este caso como en “los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación” (artículo 64.9, último párrafo, LC).

Por lo que se refiere a la suspensión “colectiva” de los contratos de trabajo (artículo 64.1 LC), hay que recordar que, de conformidad con criterio doctrinal mayoritario y desde luego con la práctica administrativa, toda suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivada de fuerza mayor prevista en el artículo 47 ET, con independencia de los trabajadores afectados, debe ser autorizada por la autoridad laboral⁷.

En coherencia con lo anterior, parece, por tanto, que, aunque literalmente se habla de suspensiones colectivas, toda suspensión por estas causas debiera ser autorizada por el Juez del concurso, con independencia del número de trabajadores afectados⁸.

En todo caso, el auto del Juez del concurso que acuerda la suspensión de los contratos de trabajo, produce las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, “a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo” (artículo 64.7, párrafo segundo, LC). La nueva redacción del artículo 208.1.2) LGSS, introducida por la Disposición Final Decimosexta.4 LC, establece que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores “cuando se suspenda su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolu-

(7) Remito, por todos, a la monografía de SOLÀ MONELLS, X., *La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*, Madrid, 2002, págs. 225 y ss.

(8) En este sentido, con gran claridad, B. RÍOS SALMERÓN, “La Ley Concursal y los trabajadores...”, cit., pág. 367.

Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal

ción judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal”. Este último inciso confirma, por lo demás, que sólo si hay resolución judicial se produce la situación legal de desempleo.

Por lo que se refiere a las extinciones colectivas, sí hay que precisar que se trata del despido colectivo ex artículo 51 ET y no del despido objetivo ex artículo 52.c) ET. Este último despido no tiene que ser autorizado por el Juez del concurso. Como se viene diciendo, en caso de concurso, el Juez de lo Mercantil autoriza y hace las veces de la autoridad laboral. En consecuencia, el Juez del concurso tendrá que autorizar lo que en ausencia de concurso tendría que autorizar la autoridad laboral (despido colectivo y suspensión ex artículo 47 ET, en este último supuesto con independencia del número de trabajadores afectados), pero no lo que la autoridad laboral no tiene que autorizar en ese supuesto [despido objetivo ex artículo 52.c) ET].

En todo caso, y al igual que sucedía con la suspensión de los contratos de trabajo, el auto del Juez del concurso que acuerda la extinción colectiva de los contratos de trabajo produce las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, “a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo” (artículo 64.7, párrafo segundo, LC). La nueva redacción del artículo 208.1.1).a) LGSS, introducida por la Disposición Final Decimosexta.3 LC, establece que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores cuando se extinga su relación laboral “en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal”.

La Disposición Derogatoria Única.3.12º LC deroga el apartado 10 del artículo 51 ET.

Finalmente, el artículo 64.10 LC atribuye al Juez del concurso la competencia para conocer de las acciones “individuales” interpuestas –¿ya interpuestas ante el Juez de lo Social?– al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) ET (“la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”). Estas acciones individuales tendrán la consideración de “extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación por el Juez del concurso por el procedimiento previsto en (el) artículo 64 (LC), cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

- Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta cien trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.
- Para las empresas que cuenten con una plantilla de cien a trescientos, el diez por ciento de los trabajadores.
- Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de trescientos, el veinticinco por ciento de los trabajadores”.

Aunque existen significativas diferencias, es visible la influencia en estos umbrales de plantilla de los artículos 41.2, párrafo cuarto, y 51.1, párrafo primero, ET.

El nuevo artículo 57 bis ET, introducido por la Disposición Final Decimocuarta.2 LC, establece que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”.

G) Los contratos de trabajo del personal de alta dirección

Durante la tramitación del concurso, la administración concursal, “por propia iniciativa o a instancia del deudor”, puede “extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección” (artículo 65.1 LC). A destacar que se trata, en su caso, de una decisión de la administración concursal y no del Juez del concurso.

En caso de suspensión del contrato de trabajo, el alto directivo puede decidir extinguirlo, con preaviso de un mes, “conservando el derecho a la indemnización en los términos” del artículo 65.3 LC (artículo 65.2 LC).

En caso de extinción del contrato de trabajo, el Juez del concurso puede “moderar” la indemnización que corresponda al alto directivo, “quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo” (artículo 65.3 LC). Esta indemnización es, como se sabe, de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades (artículo 51.8 ET). A destacar que, así como es la administración concursal quien decide la extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección, y en el caso del artículo 65.2 LC el propio alto directivo, es el Juez del concurso quien puede moderar la indemnización de este último con el límite indicado.

Finalmente, la administración concursal puede solicitar del Juez del concurso que el pago del crédito correspondiente a la indemnización del alto directivo “se aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación” (artículo 65.4 LC).

H) Los convenios colectivos

La modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET “sólo podrá afectar a aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral y, en todo caso, requerirá el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores” (artículo 66 LC). La mención a la legislación laboral hace referencia al artículo 41 ET y, singularmente, al segundo inciso del tercer párrafo del apartado segundo de este último precepto.

La competencia para conocer de las acciones correspondientes a lo anterior es del Juez del concurso, según establecen el artículo 86 ter LOPJ (añadido por el artículo 2.7.1.1º LORC) y el artículo 8.2º LC. Ahora bien estos dos últimos preceptos exhiben lo que podría ser una significativa diferencia con el artículo 66 LC. Así como este último se

refiere únicamente a los convenios colectivos del Título III ET, los dos primeros preceptos parecen exigir el “acuerdo de los representantes de los trabajadores” para toda modificación de “las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable” a las correspondientes relaciones laborales. De este amplio tenor literal podría tratarse de deducirse que se exige el acuerdo de los representantes legales de los trabajadores para cualquier modificación de lo establecido en el convenio colectivo aplicable, aunque no se trate de un convenio colectivo regulado en el Título III ET, lo que no es coincidente ni se exige por el artículo 41 ET. La curiosa consecuencia sería que las modificaciones *unilaterales* del convenio colectivo serán imposibles en caso de concurso, lo que no sería el caso en ausencia de concurso, o, por decirlo de otra forma, los representantes de los trabajadores tendrían siempre poder de codecisión, y por tanto de veto, en situaciones de concurso, lo que no ocurre en situaciones de ausencia de procedimiento concursal.

Sin embargo, el razonamiento anterior es difícilmente compartible. Todo parece indicar que, una vez más, la compleja LC (y en este caso, además, la LORC) no termina de guardar coherencia, en el sentido de que cuando se modifica en la tramitación parlamentaria un precepto (en nuestro caso lo que es hoy el artículo 66 LC), no se cae en la cuenta ni advierte que hay que modificar en el mismo sentido el artículo 8.2 LC y el artículo 86 ter LORC. Pero personalmente me parece que la voluntad de la ley está más claramente expresada en el más específico artículo 66 LC que en los más genéricos artículos 8.2 LC y 86 ter LORC, de manera que estos últimos preceptos han de verse a la luz del primero. La finalidad de los artículos 8.2 LC y 86 ter LORC es la de determinar la jurisdicción del Juez del concurso, precisando, en lo que ahora nos ocupa, que, aunque aquel Juez sea competente, en caso de modificación de las condiciones establecidas en convenio colectivo se requiere el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Pero es el artículo 66 LC el que establece respecto de qué convenios colectivos (los regulados en el Título III ET) se exige el acuerdo de los representantes de los trabajadores. Por lo demás, no puede olvidarse que ha sido la particular naturaleza y eficacia de estos últimos convenios colectivos lo que se trata de proteger y que los convenios colectivos no regulados en el Título III ET, sin descender ahora a detalles aquí innecesarios, no tienen exactamente aquella naturaleza y eficacia.

LOS CRÉDITOS POR SALARIOS DE LOS ÚLTIMOS TREINTA DÍAS DE TRABAJO QUE NO SUPEREN EL DOBLE DEL SMI TIENEN MÁS PROTECCIÓN EN CASO DE CONCURSO YA QUE GOZAN DE PREFERENCIA SOBRE CUALQUIER OTRO CRÉDITO AUNQUE ESTÉ GARANTIZADO CON PRENDA O HIPOTECA

I) Propuesta de convenio y artículo 44 ET

Como se verá con algún mayor detalle en el último apartado de este trabajo, la LC permite, siquiera sea muy tímida o moderadamente, que en las operaciones de liquidación no se aplique en su integridad la normativa sobre sucesión o transmisión de empresa establecida en el artículo 44 ET⁹.

Por lo que se refiere a la propuesta de convenio, el artículo 100.2 LC, párrafo segundo, permite incluir en aquélla “proposiciones de enajenación, bien del conjunto de bienes y derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada”. Ahora bien, las proposiciones han de incluir “necesariamente la asunción por el adquirente de la continuidad de la actividad empresarial o profesional propia de las unidades productivas a las que afecte y del pago de los créditos de los acreedores, en los términos expresados en la propuesta de convenio”. En estos supuestos –concluye el precepto– deben “ser oídos los representantes legales de los trabajadores”.

Cuando para atender al cumplimiento del convenio se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, la propuesta debe ir acompañada, además, de un “plan de viabilidad” en el que se especifiquen los recursos necesarios, los medios y condiciones de su obtención y, en su caso, los compromisos de su prestación por terceros (artículo 100.5, párrafo primero, LC). Los créditos que se concedan al concursado para financiar el plan de viabilidad se satisfarán “en los términos fijados en el convenio” (artículo 100.5, párrafo segundo, LC). Se ha eliminado, así, la previsión del proyecto de LC en el sentido de que estos créditos sólo podían satisfacerse “una vez pagados todos los créditos privilegiados y ordinarios”, lo que, ciertamente, como hizo notar la doctrina, además de no contar con precedentes en la legislación extranjera, podía dificultar las ayudas de terceros encaminadas a “reflotar” la empresa¹⁰.

4. LOS CRÉDITOS DE LOS TRABAJADORES**A) Créditos contra la masa: salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y los créditos laborales generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso**

Tienen la consideración de créditos contra la masa¹¹, y serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC, “los créditos por salarios por los últimos treinta días de

(9) Sobre la relación entre la sucesión de empresa y los procedimientos concursales, especialmente en el derecho comunitario, se remite con carácter general a MONEREO PÉREZ, J.L., *Transmisión de empresas en crisis y derecho concursal. Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario*, Granada, 1999.

(10) RÍOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal y los trabajadores...”, cit., pág. 361.

(11) Sobre tales créditos es obligado citar a BELTRÁN SÁNCHEZ, E. *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.

Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal

trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional” (artículo 84.2.1º LC). Frente a lo que ocurría con los primeros textos conocidos, la LC, dentro de los créditos contra la masa (artículo 84.2 LC) y no en otros lugares (como ocurría con el proyecto de LC), ha optado finalmente por reconocer el tradicional conocido como *superprivilegio* del artículo 32.1 ET. Tras la LC (Disposición Final Decimocuarta.1), el artículo 32 ET sólo se aplica en ausencia de concurso.

Ahora bien, los créditos por los salarios de los últimos treinta días de trabajo (anteriores a la declaración de concurso, en caso de que éste sea el caso) en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, no tienen exactamente la misma protección y preferencias en caso de concurso que en el supuesto de ausencia de concurso. Y no la tienen, porque así como en ausencia de concurso aquellos créditos gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito, “aunque éste se encuentre garantizado por prenda e hipoteca” (artículo 32.1 ET), en el supuesto de concurso las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se hacen con cargo a los bienes y derechos “no afectos al pago de créditos con privilegio especial” (artículo 154.3 LC) y resulta que los créditos garantizados por prenda e hipoteca son créditos con privilegio especial (artículo 90.1.1º LC).

Sin perjuicio de lo anterior, los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (artículo 84.2.1º LC) se han de pagar “de forma inmediata” (artículo 154.2 LC).

Tienen asimismo la consideración de “créditos contra la masa”, por lo que igualmente serán satisfechos conforme a lo dispuesto en el artículo 154 LC, los “créditos laborales” generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo en aquellos créditos “las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el Juez (del concurso) acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso” (artículo 84.2.5º, párrafo primero, LC). No precisa la redacción final y vigente de este precepto, como sí lo hacían anteriores versiones, que la extinción ha de haberse acordada por el Juez del concurso.

En todo caso, los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo “ordenados” por el Juez del concurso se entienden “comunicados y reconocidos por la propia resolución que los pruebe, sea cual sea el momento” (artículo 84.2.5º, párrafo segundo, LC).

Como se sabe, la singularidad de los créditos contra la masa radica en que son prededucibles. Como dispone el artículo 154.1 LC, “antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta”.

Según previene el artículo 154.2 LC, los créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza, han de satisfacerse “a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso”. Ya se ha dicho que “los créditos del artículo 84.1.2º se pagarán de forma inmediata”. Las acciones relativas a “la calificación o al pago de estos créditos se ejercerán ante el Juez del concurso por los trámites del incidente concursal”, si bien “no podrán iniciarse ejecuciones hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido ninguno de estos actos” (artículo 154.2 LC).

Se ha anticipado, asimismo, que las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se hacen con cargo a “los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial”. En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá “entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos” (artículo 154.3 LC).

B) Créditos refaccionarios con privilegio especial: los créditos sobre los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario

La LC establece que son créditos con “privilegio especial” los créditos refaccionarios, sobre “los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado” (artículo 90.1.3º LC).

Para que los créditos refaccionarios de trabajadores sean clasificados con privilegio especial no se les exige cumplir lo establecido en el artículo 90.2 LC.

El pago de los créditos con privilegio especial se hace “con cargo a los bienes y derechos afectos” (artículo 155.1 LC). El resto de los apartados de este precepto regula y detalla el pago de estos créditos.

No resulta sencillo determinar con precisión qué ha de entenderse por objetos elaborados por los trabajadores, debatiéndose tradicionalmente si resultan incluidos tanto bienes muebles como inmuebles. En todo caso, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (“TS”) de 17 de noviembre de 1997 ha rechazado que el privilegio refaccionario se pueda extender al inmueble lugar de trabajo; otra cosa podría ser si al inmueble se hubiera incorporado el trabajo¹². Por lo demás, no parece que estemos ante un crédito que en la práctica se haga valer de forma abundante o significativa por los trabajadores.

(12) La Sentencia del TS de 17 de noviembre de 1997, RJ 1997/8314, se dictó en unificación de doctrina. Como se sabe, ha sido tradicionalmente polémico, si el objeto puede ser mueble o inmueble, debiendo entenderse probablemente, con RÍOS SALMERÓN, que puede ser tanto una cosa como la otra. El caso es que la Sala de lo Civil del TS llegó a tener un planteamiento quizás exageradamente extensivo de esta cuestión, toda vez que llegó a entender que la garantía llegaba a los inmuebles donde los trabajadores desarrollan su actividad, como entendieron las Sentencias de la Sala de lo Civil del TS de 27 de octubre de 1983 (RJ 1983/5345) y de 18 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8839).

C) Créditos con privilegio general: créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo y las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso. Referencia a los créditos ordinarios y subordinados y al reconocimiento de créditos

Son créditos con privilegio general: (i) “los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días pendientes de pago”; (ii) “las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional”; (iii) “las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional”, y (iv) “los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso” (artículo 91.1º LC).

El pago de los créditos con privilegio general se realiza una vez que se han deducido de la masa activa “los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa” y se hace “con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos”; el pago se realiza por “el orden establecido en el artículo 91 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número” (artículo 156 LC).

Dentro de los créditos con privilegio general, además de los ya vistos y por concurrir en la práctica con los mismos, son de interés los contemplados en los números 2º y 4º del artículo 91 LC. También lo son, por distintas razones, los mencionados en los números 3º y 6º del artículo 91 LC.

Son créditos ordinarios los no calificados por la LC como privilegiados ni como subordinados (artículo 89.3 LC). De entre los créditos subordinados (artículo 92 LC) son aquí de interés los mencionados en los números 3º (créditos por intereses) y 4º (créditos por multas y demás sanciones pecuniarias). Los artículos 157 y 158 LC regulan el pago de los créditos ordinarios y de los subordinados, respectivamente.

EL PLAN DE LIQUIDACIÓN SE HA DE SOMETER A INFORME DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES PARA QUE PUEDAN FORMULAR OBSERVACIONES Y PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN QUE EN NINGÚN CASO SERÁN VINCULANTES PARA EL JUEZ DEL CONCURSO

Se han de incluir necesariamente en la lista de acreedores “los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso” (artículo 86.2 LC).

D) La reforma del artículo 32 ET

La Disposición Final Decimocuarta.1 LC ha dado nueva redacción al artículo 32 ET.

A los efectos que aquí importan, el cambio más importante entre el viejo y el vigente artículo 32 ET radica en que las preferencias reconocidas en el precepto se aplican únicamente en los supuestos en los que el empresario no se halla “declarado en concurso” y los correspondientes créditos concurren con otro u otros créditos sobre bienes del empresario, toda vez que “en caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la LC relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios” (artículo 32.5 ET).

La anterior previsión cambia por completo el significado que tradicionalmente ha tenido el artículo 32 ET. Se trata ahora de un precepto que sólo rige y se aplica en caso de ausencia de concurso.

Un segundo e importante cambio entre el antiguo y el vigente artículo 32 ET, íntimamente relacionado con el anterior, consiste en que se elimina la posibilidad de las ejecuciones laborales separadas (antes reconocidas en el apartado 5), siguiendo y guardando la coherencia con lo que es un principio general de la LC, manifestado de forma sobresaliente en los artículos 8.3 y concordantes LC. En correspondencia con lo anterior, la LC (Disposición Final Decimoquinta.8) da nueva redacción al artículo 246.3 LPL disponiendo que “en caso de concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan sometidas a la LC”.

El vigente artículo 32 ET conserva su redacción anterior en sus apartados 1, 2, 3 y 4 (en este último caso, antes era el apartado 6). Pero ha de insistirse en que el artículo 32 ET cambia por completo de sentido, significado y función, toda vez que sólo se aplica en situaciones de ausencia de concurso.

5. LAS OPERACIONES DE LIQUIDACIÓN

A) El plan de liquidación, informe de los representantes de los trabajadores y modificación, suspensión y extinción de contratos de trabajo

El plan de liquidación se ha de someter a “informe de los representantes de los trabajadores, a efectos de que puedan formular observaciones o propuestas de modificación” (artículo 148.3 LC), observaciones o propuestas de modificación que también pueden

Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal

ser formuladas por el deudor y los acreedores concursales. De no formularse observaciones o propuestas, “el Juez, sin más trámite, dictará auto declarando aprobado el plan y a él habrán de atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa” (artículo 148.2, al que remite el artículo 148.3 LC). Por el contrario, de existir observaciones o propuestas, la administración concursal informa a su vez sobre las mismas y el Juez del concurso, “según estime conveniente a los intereses del concurso, resolverá mediante auto aprobar el plan en los términos en que hubiera sido presentado, introducir en él las modificaciones en función de aquéllas (observaciones o propuestas) o acordar la liquidación conforme a las reglas legales supletorias”; este auto es recurrible en apelación (artículo 148.2, al que remite el artículo 148.3 LC).

En el caso de que las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan “la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, previamente a la aprobación del plan, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64 (LC)” (artículo 148.4 LC). Es cierto que este último precepto no precisa que las extinción o suspensión deben ser colectivas. Pero la llamada expresa al artículo 64 LC hace difícil extraer de lo anterior toda consecuencia relevante, al menos en materia de extinción del contrato y de modificación de las condiciones de trabajo.

B) Las reglas legales supletorias de las operaciones de liquidación: la enajenación preferentemente como un todo, la audiencia de los representantes de los trabajadores, la preferencia por las ofertas de compra que garanticen la continuidad de los puestos de trabajo, la posibilidad de que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial y los posibles acuerdos de modificación de condiciones colectivas de trabajo

De no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiera previsto el aprobado, “las operaciones de liquidación se ajustarán a las siguientes reglas” (artículo 149.1 LC):

1ª. El conjunto de los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios pertenecientes al deudor “se enajenará como un todo, salvo que, previo informe de la administración concursal, el Juez estime más conveniente para los intereses del concurso su previa división o la realización aislada de todos los elementos componentes o sólo de algunos de ellos”. La enajenación del conjunto o, en su caso, de cada unidad productiva se hará mediante “subasta” y si ésta quedase desierta “el Juez podrá acordar que se proceda a la enajenación directa”.

Las resoluciones que el Juez dicte en estos casos deben dictarse, “previa audiencia, por plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores y cumpliendo, en su caso, lo previsto en el apartado 3 del artículo 148 LC” (el ya citado informe de observaciones o propuestas de modificación de los representantes de los trabajadores). Estas resoluciones judiciales han de revestir la forma de auto y contra ellas “no cabe recurso alguno”.

2ª. En el caso de que las operaciones de liquidación supongan “la extinción o suspensión de contratos laborales, o la modificación de las condiciones de trabajo, se estará a lo dispuesto en el artículo 64 (LC)” .

3ª. En caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fija un plazo para la presentación de “ofertas de compra de la empresa, siendo consideradas con carácter preferente las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los créditos de los acreedores”; en todo caso, han de ser oídos por el Juez del concurso los representantes de los trabajadores.

Si como consecuencia de la enajenación a que se refiere el artículo 149.1.1ª LC, “una entidad económica mantiene su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa” (artículo 149.2 LC). Son bien visibles aquí las huellas del artículo 44.2 ET, que se reproduce literalmente.

Pues bien, en tal caso, “el Juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el artículo 33 ET” (artículo 149.2 LC).

Igualmente, “para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo” (artículo 149.2 LC). A destacar que no se mencionan las modificaciones de carácter individual.

La LC ha aprovechado y recogido finalmente, así, las posibilidades que a los Estados reconoce la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo 2001, del Consejo, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Hubiera sido, en verdad, llamativo que la LC no aprovechara estas posibilidades. Era ciertamente lo que ocurría inicialmente con el proyecto, pero la omisión se superó en el debate del Congreso de los Diputados. Ahora bien, hay que reconocer que lo anterior se ha hecho muy tímidamente, toda vez que en caso de procedimiento concursal la Directiva permite excepciones mayores a la aplicación del artículo 44 ET¹³.

Sea como fuere, y en todo caso, en caso de concurso, a los supuestos de “sucesión de empresa” ex artículo 44 ET “se aplicarán las especialidades previstas en la LC” (artículo 57 bis ET, añadido por la Disposición Final Decimocuarta.2 LC).

(13) Me permito remitir sobre este tema a GARCÍA-PERROTE, I., y MERCADER, J.R., “La transmisión de empresa en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”, en *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002. La Ley 12/2001 y el ANC 2002* (I. García-Perrote, coord.), Valladolid, 2002, págs. 259 y ss.

La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales: una síntesis de jurisprudencia

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

Catedrático de Derecho
del Trabajo
Universidad de Castilla-La Mancha
Abogado *Uría & Menéndez*

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

Doctora en Derecho
Profesora Titular I.E.U.
de Derecho del Trabajo
Universidad de Cantabria

Sumario:

1. Medidas de acción positiva y discriminación inversa: delimitación conceptual.
2. El fenómeno de las cuotas como medida de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos.
3. Discriminación inversa y acciones positivas en general, en el ámbito de las relaciones entre sexos. Especial referencia a la normativa comunitaria.
4. El problema de la legitimidad de las medidas de acción positiva y, concretamente, del sistema de cuotas: la doctrina del TJCE.
5. El problema del diferente tratamiento normativo o “tratos preferentes”: la doctrina del TC. A) Acciones positivas y normas “supuestamente protectoras” en favor de la mujer: requisitos determinantes del trato preferente como medida de acción positiva. a) Acceso al empleo. b) Condiciones de trabajo. c) Extinción contractual. B) Tratos preferentes y normas discriminatorias por razón de sexo para el varón.
6. Conclusiones.

1. MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA Y DISCRIMINACIÓN INVERSA: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

La diferencia inicial entre el primero y el segundo de los incisos del art. 14 de la CE, en el que expresamente se señala que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, ha permitido distinguir el ámbito conceptual de los dos niveles de protección consagrados en el precepto constitucional mencionado.

Según esta diferencia inicial, el precepto se refiere primero al llamado “principio de igualdad”, como principio general o derecho subjetivo a obtener un trato igual¹, para después referirse a la “prohibición de discriminación”, como regla específica de igualdad que prohíbe la discriminación por unas determinadas y específicas circunstancias².

A su vez, la cláusula general con que finaliza el art. 14 CE cuando se refiere a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, ha permitido al TC señalar que “la referencia expresa no implica (...) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación” aunque represente “una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población (...) en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la CE”³. De ahí la fórmula que emplea el art. 17 ET al concretar para las relaciones laborales el principio general de no discriminación constitucionalmente tutelado por el art. 14 CE⁴.

(1) Como dijo tempranamente la STC 49/1982, de 14 de julio, la igualdad “significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicados unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados”.

(2) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El principio de igualdad y las relaciones laborales”, *Revista de Política Social*, núm. 121, 1979, págs. 381 y ss.; muy especialmente, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 38; y de esta última autora, más recientemente, “La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional”, *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, coord. ALARCÓN, M.R., Marcial Pons, Madrid, 1992, págs. 168-169, y en “La discriminación en la jurisprudencia constitucional”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1993, págs. 152-153. Sobre la distinción en la jurisprudencia ordinaria, STS de 17 octubre 1990 (Ar. 7929).

(3) STC 75/1983, de 3 de agosto, y STC 166/1988, de 26 de septiembre. Recientemente, con cita de la STC 166/1988, STC 17/2003, de 30 de enero.

(4) PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El derecho constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 8, 1983, pág. 26; del mismo autor, *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 32. Más recientemente, QUESADA SEGURA, R., “No discriminación en las relaciones laborales”, en *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, dir. MONEREO PÉREZ, J.L., ed. Comares, Granada, 1998, págs. 273 a 283; RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J., “Igualdad o no discriminación en las relaciones de trabajo (en torno al art. 17.1)”, *El Estatuto de los Trabajadores veinte años después*, edición especial del núm. 100 de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Tomo I, Madrid, 2000, págs. 521 a 542; MONTOYA MELGAR, A., “No discriminación en las relaciones laborales”, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, MONTOYA MELGAR, A., GALLIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., y RÍOS SALMERÓN, B., Aranzadi, Navarra, 4ª ed. revisada, 2001, págs. 120 a 124. Pueden ser interesantes al respecto las SSTs de 17 de mayo y de 20 de septiembre de 2000 (Ar. 5513 y 7645) y las sentencias en ellas citadas. Sobre la “cláusula general de igualdad” contenida en el inciso primero del art. 14 CE y los “motivos o razones concretos de discriminación” que vienen a continuación, toda vez que aquella cláusula general no “agota” la virtualidad del precepto constitucional, es de gran interés la STC 200/2001, de 4

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

Las discriminaciones proscritas son tanto aquellas que consisten en tratar de forma desigual a los sujetos, en base a una de las circunstancias prohibidas por el ordenamiento jurídico, causando así un efecto perjudicial para el colectivo al que se dirige –discriminación directa–, como las que consisten en establecer condiciones formal y aparentemente neutras, pero que resultan desfavorables para determinados colectivos, y que no están objetivamente justificadas por ninguna razón u otra condición necesaria –discriminación indirecta⁵. Según ha establecido el TC, refiriéndose concretamente a la discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral, “la prohibición de discriminación (...) obliga al empleador a utilizar un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer –en el caso de las discriminaciones directas–, así como a rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo, en el supuesto de las denominadas discriminaciones indirectas o de impacto adverso”⁶.

Así, cuando el art.14 CE señala que no puede prevalecer “discriminación alguna”, no se está refiriendo a las causas o factores discriminatorios, sino a la forma misma de realizar la discriminación, incluyendo dentro de su ámbito protector tanto las discriminaciones directas como las camufladas o indirectas, que producen un efecto indeseable y perverso, no ya para un sujeto individual sino para un grupo o colectivo que resulta, así, discriminado⁷.

Sin embargo, este derecho fundamental de defensa de los individuos, tutelado constitucionalmente a través de las reglas de prohibición de toda discriminación, no agota el contenido del mencionado art.14 CE. A esta vertiente subjetiva se une también la expresión de una decisión objetiva de valor, o vertiente objetiva, según la cual el legislador debe conducir a los

LA COMISIÓN EUROPEA HA DEFINIDO LAS ACCIONES POSITIVAS COMO EL CONJUNTO DE MEDIDAS DIRIGIDAS A UN GRUPO DETERMINADO CON LAS QUE SE PRETENDE SUPRIMIR O PREVENIR UNA DISCRIMINACIÓN O COMPENSAR LAS DESVENTAJAS RESULTANTES DE COMPORTAMIENTOS Y ESTRUCTURAS EXISTENTES

de octubre, sobre discriminación por razón de filiación en la legislación de clases pasivas del Estado. Esta sentencia razona que con los motivos o razones de discriminación el “canon” del juicio de legitimidad constitucional es “mucho más estricto”, al igual que ha de existir “un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad” y, en fin, que en estos supuestos “la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE”. Al respecto GARCÍA-PERROTE, I., “La aplicación práctica del principio de igualdad (algunos pronunciamientos recientes)”, *Los principios del ordenamiento laboral*, dir. DE LA VILLA GIL, L.E., CEF, Madrid, 2003, en prensa.

(5) *Acciones Positivas en la Empresa*, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, Departamento Confederal de la Mujer, ed. Consultis, septiembre 1998, págs. 32 y 33.

(6) STC 41/1999, de 22 de marzo.

(7) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad...*, cit., págs. 163-164. Asimismo ARCE, J.C., *El trabajo de las mujeres en el derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, colección laboral núm.82, Valencia, 1999, pág. 32.

poderes públicos y a la sociedad a la igualdad de oportunidades. Por ello, en fomento de la igualdad, no solo será necesaria la no discriminación, sino también la adopción, según las condiciones fácticas y jurídicas existentes, y sólo en la medida en que sea posible, de medidas de acción positiva o de impulso y promoción que tengan por objeto establecer la igualdad, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho⁸.

La Comisión Europea ha definido las acciones positivas como “el conjunto de medidas dirigidas a un grupo determinado, con las que se pretende suprimir y prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes”, concretando que la iniciativa de adoptar acciones positivas corresponde a los Estados miembros⁹.

El principio constitucional general del que derivan las acciones positivas para el fomento de la igualdad se encuentra, a su vez, en el art. 9.2 CE que señala expresamente que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (...)”. El TC, en STC 216/1991, de 14 de noviembre, ha señalado que “la incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida –antes al contrario– la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”.

De este modo, las medidas de acción positiva, aunque suponen formalmente una diferenciación de trato entre las personas, responden al mismo objetivo de la tutela antidiscriminatoria, y no contradicen el principio de igualdad, en cuanto prohibición de desigualdades de trato irrazonables y desproporcionadas. Estas medidas de acción positiva, lejos de ser discriminatorias, fomentan también la igualdad, mediante el establecimiento de ventajas o preferencias que producen en su resultado un reequilibrio que asegura una mayor igualdad efectiva¹⁰.

La discriminación inversa, como variedad específica de las acciones positivas, adopta, a su vez, la forma de cuotas y de tratos preferentes. Mediante las medidas de discriminación inversa lo que se hace es establecer una reserva rígida de un mínimo garantizado de

(8) REY MARTÍNEZ, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, págs. 83 y 84.

(9) *Acciones positivas en la empresa*, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, cit., págs. 22 y 23. Sobre las primeras experiencias sobre acciones positivas, que tuvieron lugar en la jurisprudencia de los Estados Unidos, BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant lo Blanch, monografías, Valencia, 1994, págs. 91 y ss.

(10) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Acción positiva, igualdad de oportunidades e igualdad en los resultados”, *Relaciones Laborales*, 1996, Tomo II, pág. 4

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

plazas (de puestos electorales o de puestos de trabajo, por ejemplo), asignando un determinado número o un determinado porcentaje, o atribuyendo determinados puntos o calificaciones especiales para los grupos a los que se quiere favorecer¹¹.

El problema real consiste en determinar en su justa medida cuándo un trato diferente resulta por ello discriminatorio y, en consecuencia, inaceptable, y cuándo, por el contrario, no sólo está justificado sino que constituye una medida a adoptar en fomento de la igualdad. Los márgenes operativos de las medidas de acción positiva requieren, por ello, del adecuado ajuste a determinados condicionamientos¹², al margen de los cuales no superan el juicio de constitucionalidad. Además, hay que tener en cuenta que no toda medida supuestamente protectora protege realmente al colectivo al que va destinado. Puede suceder, en ocasiones, que una supuesta medida de acción positiva contribuya a perpetuar la desigualdad si lo que hace, en definitiva, es mantener, y no tratar de superar, diferencias históricamente arraigadas¹³.

2. EL FENÓMENO DE LAS CUOTAS COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS

El fenómeno de las cuotas, como medida de acción positiva, está presente en nuestro Derecho, precisamente como medida de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos. El art. 38.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, en redacción dada por la Disposición Adicional Vigésimoséptima de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y el art. 4 del RD 1451/1983, de 11 de mayo, que regula el empleo selectivo y las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos, redactado por la Disposición Adicional Segunda.1 del RD 27/2000, de 14 de enero, establecen la obligación para las empresas con 50 o más trabajadores, de contratar un porcentaje de minusválidos equivalente al 2 por ciento de la plantilla de la empresa.

No obstante, la propia Ley 13/1982, art. 38.1, párrafo 2º, contempla la posibilidad de que las empresas queden liberadas de tal obligación si se acuerda la adopción de medidas alternativas, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal o, en su defecto, de ámbito inferior, o bien a opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral. Las medidas alternativas

(11) REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, cit., pág. 85. Un ejemplo reciente en STSJ de Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 12 febrero 2001, en la que se señala que en un procedimiento de selección de personal para acceso a la función pública, no es discriminatorio valorar con determinados puntos a los candidatos minusválidos ni a los mayores de 45 años.

(12) Ampliamente REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, cit., págs. 86 y 87.

(13) SSTC 28/1992, de 9 de marzo (Plus de nocturnidad del Convenio Colectivo de la empresa Telefónica concedido sólo a las trabajadoras de sexo femenino), STC 229/1992, de 14 de diciembre (Aspirante femenina a una plaza de ayudante minero en HUNOSA. Aplicación del art. 1 del Decreto de 26 julio 1957 sobre trabajos prohibidos a las mujeres en las minas), STC 16/1995, de 24 de enero (edades distintas de acceso a la jubilación voluntaria entre los trabajadores de uno u otro sexo) y STC 317/1994, de 28 de noviembre (Contrapartida económica reconocida a la mujer en una Ordenanza de Seguros por la extinción de su contrato de trabajo para su vuelta al hogar por causa de matrimonio). A todas ellas se hace referencia posteriormente.

excepcionales han sido desarrolladas reglamentariamente por el RD 27/2000, de 14 de enero¹⁴.

El TC, en STC 269/1994, de 3 de octubre, se pronunció sobre la constitucionalidad del sistema de cuotas.

En el caso examinado por esta STC se convocaron plazas de administradores generales de la Comunidad de Canarias, reservando 6 plazas para las personas afectadas por un 33 por ciento de minusvalía física, psíquica o sensorial, siempre que superasen las pruebas selectivas en igualdad de condiciones con los demás aspirantes.

La recurrente en amparo obtuvo 6,34 puntos en el concurso-oposición y llegó a tomar posesión de su plaza. En cambio, otro de los concursantes, disminuido sensorial (afectado de sordera en más del 33 por ciento exigido), y que había obtenido 6,07 puntos, recurre ante el órgano administrativo correspondiente, exigiendo una de las 6 plazas reservadas. La Administración estima su pretensión y deja sin plaza a la recurrente. Una vez que, primero el TSJ de Canarias, y posteriormente el TS, confirmaron esta decisión, la aspirante que había llegado a tomar posesión de la plaza interpone demanda de amparo ante el TC, alegando discriminación y violación de los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública.

Respecto a la discriminación invocada, afirma el TC que, pudiendo incluirse las minusvalías dentro de las causas no típicas del art. 14 CE, la cuota establecida en una oferta de empleo público para un colectivo con graves problemas de acceso al trabajo, no sólo no vulnera el art. 14 CE, sino que es legítima y constituye un cumplimiento del mandato contenido en el art. 9.2 CE en relación con el carácter democrático y social de Estado (art.1.1 CE), y con la política de integración de los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales que ordena el art. 49 CE.

La cuota establecida se considera “una medida equiparadora de situaciones sociales de desventaja”, una medida que posibilita “la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas”.

Tampoco estima el TC que se hayan vulnerado los principios de mérito y capacidad en el acceso a la función pública. Señala al respecto que la minusvalía sensorial no se ha valo-

(14) El art. 2.1 del RD 27/2000 prevé las siguientes medidas alternativas: 1. La realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo discapacitado, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo, o de cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa que opta por esta medida. 2. La realización de un contrato mercantil o civil con un centro especial de empleo, o con un trabajador autónomo discapacitado, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa, y 3. La realización de donaciones y acciones de patrocinio, de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y creación de empleo de personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública, cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo a favor de minusválidos que permita la creación de puestos de trabajo para los mismos y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo.

rado como mérito del sujeto, y que simplemente se ha intentado “promocionar la inserción profesional de personas con dificultades de acceso en el empleo a través de un mecanismo que no restringe el derecho de los que opositan por el turno libre, ni exceptúa a los sujetos favorecidos por la cuota, que también están obligados a demostrar su aptitud e idoneidad para el desempeño de las funciones administrativas correspondientes”. Para acceder a una de las seis plazas reservadas, los minusválidos tuvieron que superar el concurso-oposición, y sobre esta base común, el acceso a las plazas tuvo lugar mediante un riguroso orden de puntuación.

El verdadero interés de la sentencia, aparte de la doctrina que sienta, es que, como el propio TC señala, las minusvalías pueden incluirse dentro de las causas “no típicas” del art. 14 CE, de modo que la conclusión comentada podría, en su caso, extenderse a otros supuestos de discriminación de los expresamente previstos en el art. 14 CE. Singularmente, a la discriminación por razón de sexo¹⁵.

3. DISCRIMINACIÓN INVERSA Y ACCIONES POSITIVAS EN GENERAL, EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES ENTRE SEXOS. ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA COMUNITARIA

Tanto el Derecho Internacional como el Derecho Comunitario, se han preocupado especialmente por abordar la prohibición de todo tipo de discriminación y, singularmente, la discriminación por razón de sexo.

Los compromisos internacionales para abolir las diversas formas de discriminación se encuentran en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de la ONU de 1948 (art. 7), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 1966 (art. 2.2), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966 (arts. 2.1 y 26), en la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, y en la Carta Social Europea de 1961, además de en numerosos Convenios de la OIT, como el Convenio 111 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación¹⁶.

(15) REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, cit., págs. 88 y 89.

(16) Recientemente CARRILLO, M., “Cuotas e igualdad por razón de sexo: una reforma constitucional y un caso singular”, *Estudios de Derecho Constitucional, Homenaje al Prof. Dr. D. Joaquín García Morillo*, coord. LÓPEZ GUERRA, L., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 167 y 168.

EL FENÓMENO DE LAS CUOTAS COMO MEDIDA DE ACCIÓN POSITIVA ESTÁ PRESENTE EN NUESTRO DERECHO, PRECISAMENTE, COMO MEDIDA DE FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS

Por su parte, el Derecho Comunitario también se ha preocupado de abordar los problemas discriminatorios que han afectado, singularmente, a las mujeres¹⁷. Así, en materia laboral, la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975, del Consejo sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos¹⁸, la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976, del Consejo, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo¹⁹, la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes legales de la Seguridad Social²⁰, la Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la Seguridad Social²¹, posteriormente modificada por la Directiva 96/97/CEE, y la Directiva 86/613/CEE, de 11 de diciembre de 1986, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad²². Posteriormente, el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, procedió, de acuerdo con las previsiones en materia de revisión contenidas en el propio Tratado de la Unión, a revisar éste, introduciendo una serie de modificaciones con las que se sientan las bases generales de la prohibición de discriminación²³ y para el establecimiento de medidas de acción positiva en el ordenamiento jurídico comunitario²⁴.

(17) Sobre el principio de igualdad en el derecho comunitario, ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea", *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, coord. CRUZ VILLALÓN, J., Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 19 a 32.

(18) DO L 45, de 19 de febrero de 1975. Recientemente al respecto, y al hilo de la reforma que introduce en el art. 28 ET la reciente Ley 33/2002, de 5 de julio, CASAS BAAMONDE, M.E., "Igualdad de retribución por razón de sexo", en *Relaciones Laborales*, núm. 22, noviembre 2002, págs. 1 y ss.

(19) DO L 39, de 14 de febrero de 1976. Ampliamente PÉREZ DEL RÍO, T., "La aplicación de la Directiva 76/207 en España", *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, cit., págs. 213 y ss.

(20) DO L 6, de 10 de enero de 1979. La normativa comunitaria en la materia parte del art. 119 del Tratado de Roma, precepto que sirve de fundamento para la posterior labor legislativa y jurisprudencial. Las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE y 79/7/CEE, se adoptan en desarrollo del Primer Programa de Acción Social de la Comunidad Europea de 1974. Recientemente al respecto, PÉREZ RÍO, T., "El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario", *Mujer y Trabajo*, coord. RUIZ PÉREZ, E., ed. Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 282.

(21) DO L 225, de 12 de agosto de 1986.

(22) DO L 359, de 19 de diciembre de 1986. Las Directivas 86/378/CEE y 86/613 se adoptan en desarrollo de los sucesivos Programas Comunitarios de promoción de la Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres. Recientemente al respecto, PÉREZ DEL RÍO, T., "El principio de igualdad de trato...", cit., págs. 282 y 283.

(23) Como es el caso del nuevo párrafo que incorpora el art. 3.2 por el que la Comunidad se fija como objetivo el de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y el de promover su igualdad.

(24) El Tratado de Amsterdam realiza una importante modificación en la redacción del art. 119 del Tratado de Roma, que cambia su numeración, pasando a constituir el art. 141. A través del art. 141.4 del Tratado se sientan las bases del establecimiento de las medidas de acción positiva en el ordenamiento comunitario. Al respecto, recientemente, PÉREZ DEL RÍO, T., "El principio de igualdad...", cit., págs. 283 y 284; asimismo, SIERRA HERNÁIZ, E., "Las medidas de acción positiva en la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Derecho Social*, núm.12, 2000, págs. 121 y ss.

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

Recientemente, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002²⁵ modifica la Directiva 76/207/CEE, insertando un nuevo apartado bis en el art. 1, sustituyendo sus artículos 2, 3, 6 y 7 por una nueva redacción, y añadiendo nuevos artículos 8 bis a 8 sexto. Entre otras cosas se definen los conceptos de discriminación directa e indirecta²⁶, y se dice que los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas contempladas en el apartado 4 del art. 141 del Tratado con el objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres, esto es, mantener o adoptar medidas que establezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales²⁷.

Es importante también que la Directiva 2002/73/CE manifiesta la voluntad de incentivar la adopción de medidas de acción positiva por parte de los Estados miembros. Esta voluntad se manifiesta claramente a través de su art. 2.3 en el que se señala que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, los Estados miembros notificarán cada cuatro años a la Comisión los textos de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas correspondientes a medidas adoptadas de conformidad con el apartado 4 del art. 141 del Tratado, así como la información sobre dichas medidas y su aplicación. Basándose en esa información, la Comisión aprobará y publicará cada cuatro años un informe en el que se establezca una evaluación comparativa de dichas medidas a la luz de la Declaración número 28 anexa al Acta final del Tratado de Amsterdam”²⁸.

En el ámbito de las relaciones entre sexos, las discriminaciones inversas y las acciones positivas en general, deben perseguir la eliminación de las “diferencias” de trato jurídico entre hombres y mujeres, entendiendo el término “diferencia” como “exclusión” o desventaja, arraigada históricamente, y que es la que hay que tratar de corregir. Al efecto, no sólo será posible adoptar medidas de discriminación inversa, aunque sólo sea en los casos de más arraigada discriminación histórica, sino también medidas que tiendan a remediar cualquier aspecto discriminatorio que caracterice la presencia, o la ausencia, femenina en el mercado de trabajo, o a favorecer, en las condiciones y tiempo de trabajo, el equilibrio entre las responsabilidades familiares y las profesionales, y una mejor distribución de ellas entre los dos sexos²⁹.

(25) DO L 269, de 5 de octubre de 2002.

(26) Art. 2.2. En el considerando 6 se dice que “la Directiva 76/207/CEE del Consejo no define los conceptos de discriminación directa e indirecta. Basándose en el artículo 13 del Tratado, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa e indirecta. Resulta, pues, apropiado incluir definiciones en línea con dichas Directivas por lo que al sexo se refiere”.

(27) Art. 2.8.

(28) Como señala PÉREZ DEL RÍO, T., “El principio de igualdad...”, cit., pág. 300, “de esta disposición no se deriva obligación estricta para los Estados miembros de adoptar medidas de acción positiva, pero sí una cierta compulsión moral, en tanto parecería poco aceptable que en el preceptivo informe cuatrianual, algún Estado miembro hiciese constar que no ha adoptado medida alguna”.

(29) REY MARTÍNEZ, F., *El derecho...*, cit., págs. 90 y 91.

Aquí podrían ser integradas las medidas de fomento del empleo de las mujeres, referidas a aquellos sectores y actividades con escasa presencia laboral femenina³⁰, y probablemente algunas de las medidas que implanta la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Se dice, en el preámbulo de la Ley, que “como consecuencia de la constatación de una evidente realidad social y de la valoración global de los cambios sociales efectivamente constatados a raíz de la incorporación masiva de la mujer al trabajo, se toma conciencia de la necesidad de configurar un nuevo sistema de relaciones de trabajo que atienda no sólo a las necesidades nacidas como consecuencia de las nuevas relaciones sociales surgidas sino también a un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidad en la vida profesional y familiar”³¹.

Una reciente medida adoptada como estímulo a la incorporación de la mujer al mercado laboral³², se encuentra en el nuevo art. 67 bis, de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias, añadido por Ley 46/2002, de 18 de diciembre³³, en el que se incluye una deducción por maternidad, aplicable a partir del 1 de enero del presente año 2003.

De acuerdo con este nuevo precepto, tienen derecho a tal deducción las mujeres con hijos menores de 3 años con derecho a la aplicación del mínimo por descendientes, es decir, mujeres con descendientes menores de 25 años o discapacitados, siempre que éstos convivan con el contribuyente y perciban rentas anuales inferiores a 8.000 euros, y que realicen una actividad por cuenta propia o ajena en virtud de la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o Mutualidad. La cuantía de la citada deducción es de hasta 1.200 euros por cada hijo menor de 3 años, y se aplica sobre la cuota diferencial hasta que el menor cumpla dicha edad y mientras la mujer siga de alta en la Seguridad Social o Mutualidad. En caso de adopción o acogimiento, la deducción

(30) Orden de 16 septiembre 1998, Anexo: exclusiones. Bonificaciones en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

(31) Al respecto, BALLESTER PASTOR, M.A., *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Tirant lo Blanch, colección laboral, núm. 94, Valencia, 2000; CRUZ VILLALÓN, J., “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, número extraordinario, 1999, Asuntos Sociales, págs. 71 a 103; GARCÍA MURCIA, J., “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Justicia Laboral*, núm. 1, febrero 2000, págs. 7 a 36; MINAMBRES PUIG, C., “La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 19, 1999, págs. 13 a 30; MOYA CASTILLA J.M. y CUESTA ZARZA, P., “La nueva ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Carta Laboral*, núm. 19, diciembre 1999, págs. 1 a 9; RODRÍGUEZ-PINERO, M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I), (II), y (III)”, *Relaciones Laborales*, 1999, Tomo II, págs. 26 y ss.; DE LA VILLA GIL, L.E. y LÓPEZ CUMBRE, L., “Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34/CE sobre permiso parental”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 1999, núm. extraordinario, págs. 41 a 69.

(32) Se señala expresamente que “se atiende, en particular, a las necesidades surgidas de realidades tales como el descenso de la natalidad, el envejecimiento de la población y las situaciones de discapacidad, al tiempo que se estimula la incorporación de la mujer al mercado laboral”. Exposición de Motivos de la Ley, apartado III.

(33) BOE de 19 de diciembre.

puede practicarse, con independencia de la edad del menor, durante los tres años siguientes a la fecha de la inscripción en el Registro Civil o, en su caso, a la fecha de la resolución judicial o administrativa que declare la adopción o el acogimiento.

Sólo en caso de fallecimiento de la madre, o cuando la guarda y custodia se atribuya de forma exclusiva al padre o, en su caso, a un tutor, siempre que cumpla los requisitos previstos en el precepto, éste tendrá derecho a la deducción pendiente³⁴.

La posterior Orden HAC/16/2003, de 10 de enero, regula los supuestos en que es posible solicitar el abono anticipado de dicha deducción, así como los requisitos y el modelo oficial para formalizar la correspondiente solicitud³⁵.

4. EL PROBLEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA Y, CONCRETAMENTE, DEL SISTEMA DE CUOTAS: LA DOCTRINA DEL TJCE

El problema de la legitimidad de las medidas de acción positiva y concretamente del sistema de cuotas, ha sido abordado por el TJCE en dos conocidas sentencias. Una de ellas es la Sentencia de 17 de octubre de 1995 (Asunto C-450/93 Kalanke)³⁶ y la otra es la Sentencia de 11 de noviembre de 1997 (Asunto C-409/95 Marschall)³⁷. Posteriormente, partiendo de los criterios establecidos en ambas sentencias para que las preferencias a favor de mujeres en sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas se adecuen al derecho comunitario, hay que mencionar la STJCE de 28 de marzo de 2000 (Asunto C-158/97 Badeck)³⁸.

(34) Art. 67 bis.1, párrafo 3º de la Ley.

(35) Artículo segundo.

(36) Al respecto RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", *Relaciones Laborales*, 1995, Tomo II, págs. 81 y ss. Posteriormente, QUINTANILLA NAVARRO, B., "La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1997 sobre el caso Kalanke versus Glissmann", *Actualidad Laboral*, núm. 5, 1996, págs. 145 y ss.; REY MARTÍNEZ, F., "La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)", *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 47, mayo-agosto, 1996, págs. 309 y ss.; ARCE, J.C., "El trabajo de las mujeres...", cit., págs. 48 y ss.

(37) Al respecto RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Igualdad de oportunidades y prioridad de la mujer en los ascensos en la sentencia Marschall del TJCE", *Relaciones Laborales*, 1997, Tomo II, págs. 102 y ss. Posteriormente BALLESTER PASTOR, A., "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Un análisis conceptual de legalidad tras la sentencia Marschall)", *Relaciones Laborales*, 1998, Tomo II, págs. 725 y ss.

(38) Comenta la Sentencia SIERRA HERNÁIZ, E., "Las medidas de acción positiva...", cit., págs. 125 y ss.

LA DIRECTIVA 2002/73/CE MANIFIESTA LA VOLUNTAD DE INCENTIVAR LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA POR PARTE DE LOS ESTADOS MIEMBROS AL OBLIGAR A ÉSTOS A NOTIFICAR CADA CUATRO AÑOS LAS NORMAS CORRESPONDIENTES A MEDIDAS ADOPTADAS ASÍ COMO A SU APLICACIÓN

En la sentencia Kalanke el asunto de fondo era el siguiente. En un proceso de selección interna para cubrir una Jefatura de Sección en un servicio municipal de Bremen, había que optar entre dos candidatos con igual titulación, aunque con distinta antigüedad y distinto sexo.

Partiendo de la base de que ambos candidatos poseían la misma capacitación, se consideró aplicable el art. 4 de la Ley sobre igualdad de trato de hombres y mujeres de Bremen, según el cual, al realizarse una promoción “debía concederse preferencia a las mujeres frente a los trabajadores masculinos con la misma capacitación si en el sector de que se trataba estaban infrarrepresentadas”. Concretaba la ley que existía tal infrarrepresentación cuando las mujeres no cubrían al menos la mitad de los puestos de trabajo.

Concedido el puesto a la candidata femenina, el varón se consideró discriminado y formuló reclamación judicial, alegando poseer una capacitación superior a la de la mujer elegida, y que el régimen legal de cuotas era inconstitucional.

La demanda fue desestimada en la instancia, en apelación, y también en recurso de casación, si bien es verdad que el órgano de casación se encontró vinculado por el relato de hechos probados, en donde se decían dos cosas. Una, que las mujeres estaban infrarrepresentadas en el servicio, y dos, que los dos candidatos tenían la misma capacitación para desempeñar el puesto controvertido³⁹. Lo cierto, sin embargo, es que el actor no se quejaba de que, a pesar del empate, se hubiera elegido a la mujer, sino de que se hubiera elegido a ésta a pesar de que él tenía más méritos (más antigüedad, y además, como Ingeniero superior, ejercía funciones de adjunto permanente del Jefe de Sección, mientras que la candidata elegida tenía menos antigüedad y, aunque también era Ingeniera superior, no desarrollaba funciones de adjunto permanente al cargo al que aspiraba)⁴⁰.

Al resolver el supuesto, el TJCE considera incompatible el sistema de cuotas previsto en la Ley de Bremen con el contenido de la Directiva comunitaria 76/207, aunque en su argumentación el Tribunal sólo señala dos cosas⁴¹.

De un lado, que el objeto de la Directiva es que se aplique el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, incluida la promoción, y que, aunque en ella se señala que pueden adoptarse “medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y, en particular, para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres”⁴²,

(39) Como se describe en el punto 7 de la propia Sentencia Kalanke.

(40) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Discriminación...”, cit., págs. 81 y 82.

(41) Crítico con la falta de motivación de la sentencia, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Discriminación...”, cit., pág. 90.

(42) Refiriéndose concretamente al apartado 4º del art. 2 de la Directiva, en su redacción original, que modifica la reciente Directiva 2002/73/CE, de 23 septiembre 2002, a que antes se hacía referencia.

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

esta última regla consiste en una excepción a un derecho individual consagrado en la Directiva que, como tal, debe interpretarse restrictivamente⁴³.

De otro lado, se señala que una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y que sobrepasa los límites de la excepción establecida por la Directiva⁴⁴. Ello permite deducir, en sentido contrario, que podrán admitirse fórmulas de preferencia a favor de la mujer que no sean absolutas, incondicionales e inflexibles, es decir, que sean proporcionales y razonables⁴⁵.

En la Sentencia Marschall, por su parte, se analiza una disposición del Land alemán de Renania del Norte-Westfalia que establece que si las mujeres están en número inferior a los hombres al nivel correspondiente, las mujeres habrán de ascender prioritariamente a igualdad de calificación, de aptitud y de prestaciones profesionales, a menos que motivos referentes a la persona de un candidato inclinen la balanza a su favor.

La reclamación la presenta un candidato varón, el Sr. Marschall, tras comprobar que el ascenso, al que había optado, se le concedió a otra candidata con igual calificación que él, por el hecho de que en el grado y nivel considerado, el número de mujeres era inferior al número de hombres.

En esta Sentencia, el TJCE señala primero que la Directiva autoriza medidas de acción positiva tendentes a compensar los efectos perjudiciales de la condición femenina, de modo que declara expresamente la legitimidad de las medidas de acción positiva⁴⁶.

Señala también que para servir de contrapeso a los efectos perjudiciales derivados de determinadas actitudes y comportamientos sociales, pueden establecerse determinadas preferencias a favor de las mujeres, en caso de promoción y a igualdad de capacitación⁴⁷, es decir, que se considera compatible con la Directiva el establecimiento de una preferencia a favor de las mujeres en caso de promoción a igualdad de capacitación, una desigualdad de trato que afecte al resultado⁴⁸.

La Sentencia precisa, finalmente, que lo que es incompatible con la Directiva son las medidas de acción positiva que consistan en un sistema de cuotas rígido, automático y cerrado, pero no, en consecuencia, los sistemas de cuotas flexibles⁴⁹. Se señala expresa-

(43) Apartado 21 de la Motivación de la Sentencia, (con cita de la Sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 224/84, Rec.p. 1651, apartado 36). Al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Discriminación...", cit., pág. 90. Especialmente crítico con este argumento REY MARTÍNEZ, F., "La discriminación...", cit., págs. 320 y ss.

(44) Apartado 22 de la motivación de la sentencia.

(45) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Discriminación...", cit., pág. 91.

(46) Apartados 22 y siguientes de la motivación de la sentencia.

(47) Apartado 31 de la motivación de la sentencia.

(48) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Igualdad de oportunidades...", cit., pág. 107.

(49) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Igualdad de oportunidades...", cit., pág. 108.

mente que “a diferencia de lo que ocurría con la normativa examinada en la Sentencia Kalanke, esta normativa nacional no sobrepasa los límites de la Directiva, en tanto que contiene una cláusula de apertura que garantiza a los candidatos masculinos con igual capacitación que los femeninos que las candidaturas serán objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta todos los criterios relativos a los candidatos de ambos sexos, y que se ignorará la preferencia concedida a las candidatas femeninas cuando uno o varios de estos criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato de sexo masculino”⁵⁰.

La posterior STJCE Badeck tiene su origen en una cuestión prejudicial, planteada por el *Staatsgerichtshof del Land de Hesse*, ante un procedimiento de control de legalidad de una Ley de 1993 sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres y para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la Administración Pública de dicho Estado de Hesse, interpuesto por 46 diputados del Parlamento. Se estimaba que algunos preceptos de la mencionada Ley, podían considerarse contrarios tanto a la Constitución de Hesse, por vulnerar el principio de selección de los más capacitados y el principio de igualdad de trato, como a la Directiva Comunitaria 76/207.

Concretamente se cuestionaba la legitimidad de la adopción de determinados tratos preferentes en favor de la mujer consistentes en reservar la mitad de los puestos de trabajo en la Administración pública para eliminar su infrarrepresentación, previa evaluación objetiva de los méritos de los candidatos, en la reserva de la mitad de los puestos de trabajo en el ámbito científico y del mismo porcentaje en los puestos de cursillos para la formación. También se cuestionaba la obligación de convocar un determinado número de mujeres a las entrevistas de trabajo y de que al menos la mitad de los miembros de los órganos de representación de los trabajadores y de los órganos de gestión y control fueran mujeres.

A la cuestión de si se opone la Directiva a una normativa nacional que reserva la mitad de los puestos a mujeres en sectores en que se encuentren infrarrepresentadas se responde en sentido negativo por varios motivos. Se señala primero, en síntesis, que se tienen en cuenta las características específicas del mercado de trabajo y que no se fijan de forma uniforme las cuotas aplicables al conjunto de sectores y servicios de que se trate; además, la ley cuya validez se cuestiona, no establece de forma automática e incondicional que deba favorecerse a la trabajadora, sino que sólo cuando haya empate y la mujer esté infrarrepresentada es cuando se tiene en cuenta el sexo. En segundo lugar se señala que se respeta el principio de mérito, en tanto que la selección se basa en las aptitudes, competencias y capacidad técnica necesarias para el puesto de trabajo a desempeñar. Finalmente se dice que otro de los requisitos que se tienen en cuenta para que pueda aplicarse la preferencia a favor de la mujer es que no exista otro motivo que anule dicha preferencia, y que a tal efecto existen hasta cinco motivos que pueden anular tal preferencia⁵¹.

(50) Apartado 33 de la motivación de la sentencia.

(51) Ampliamente, SIERRA HERNÁIZ, E., “Las medidas...”, cit., págs. 126 y ss.

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

Sobre la reserva de puestos de trabajo en el sector científico y en los cursos de Formación profesional impartidos por el Estado se cuestiona concretamente si con ello no se está incurriendo en una forma de discriminación directa, en tanto que lo que se pretende es alcanzar un resultado y no eliminar obstáculos para la igualdad de oportunidades, cuestión a la que el TJCE responde también en sentido negativo. Se señala, de un lado, que la reserva de puestos de trabajo en el sector científico es respetuosa con el principio de selección del más capacitado, en tanto que la reserva de puestos sólo opera en caso de igualdad de cualificación. De otro lado, y refiriéndose concretamente a la reserva de la mitad de los puestos a favor de las mujeres en cursos de formación, se dice que una formación cualificada constituye un requisito para integrarse con éxito en el mercado de trabajo y que, por ello, la obligación legal de compensar en este ámbito la situación desfavorable de la mujer queda legitimada por la exigencia del principio de igualdad. Además, tampoco en este caso opera una rigidez absoluta, en tanto que si las candidatas femeninas no cubren las plazas señaladas, los hombres podrán ocupar más de la mitad de las plazas en los cursos de formación.

En tercer lugar, sobre el deber de convocar igual número de mujeres que de hombres a las entrevistas de trabajo en los sectores en que estén infrarrepresentadas se cuestiona si se puede considerar o no una forma de discriminación directa, cuestión a la que el TJCE responde también negativamente. Se dice al respecto que se trata de una medida de igualdad de oportunidades que pretende asegurar que las mujeres cualificadas sean convocadas, y que la norma obliga a que se efectúe un examen preliminar de las candidaturas y que sólo se convoque a los candidatos cualificados que reúnan los requisitos exigidos.

Finalmente, en cuanto a la composición de los órganos de representación de los trabajadores y a los órganos de gestión y control se señala que la norma alemana no tiene carácter vinculante, y que además no se aplica para los órganos de libre elección, dando cabida a otros criterios, motivo por el cual se admite también la validez de la previsión⁵².

EN ALGUNOS SUPUESTOS SE HA CUESTIONADO ANTE EL TC LA LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL DE DETERMINADOS TRATOS NORMATIVOS A FAVOR DE LAS TRABAJADORAS DE SEXO FEMENINO EFECTIVAMENTE DISCRIMINATORIOS POR RAZÓN DE SEXO PARA EL VARÓN

(52) Ampliamente SIERRA HERNÁIZ, E., "Las medidas...", cit., págs. 128 y ss.

5 EL PROBLEMA DEL DIFERENTE TRATAMIENTO NORMATIVO O “TRATOS PREFERENTES”: LA DOCTRINA DEL TC

En nuestro ordenamiento interno, que no contempla el sistema de cuotas como medida de acción positiva en fomento del empleo de la mujer, el problema real se ha planteado, en cambio, al analizar el verdadero significado de determinadas previsiones normativas, supuestamente protectoras del trabajo de la mujer, y a través de las cuales, o bien se ha limitado el acceso de la mujer a determinados trabajos, o bien se han regulado de forma distinta, tanto las condiciones en que se desarrolla el mismo, singularmente la contraprestación económica, estableciendo determinados pluses de percepción exclusiva por parte de las trabajadoras de sexo femenino, como las reglas en materia de extinción del contrato de trabajo, fomentando la extinción indemnizada del mismo por matrimonio de la mujer trabajadora, o pactando edades distintas de acceso a la jubilación voluntaria para los trabajadores de uno y otro sexo.

Al respecto, merecen ser mencionadas las SSTC 216/1991, de 14 de noviembre, y 229/1992, de 14 de diciembre; las SSTC 128/1987, de 16 de julio, y 28/1992, de 9 de marzo, y las SSTC 317/1994, de 28 de noviembre, y 16/1995, de 24 de enero, que además de resolver, respectivamente, los supuestos anteriormente relatados, ofrecen los elementos o requisitos que permiten definir la diferencia de trato como una verdadera medida de acción positiva.

Por otro lado, también se ha cuestionado la legitimidad constitucional de determinados tratos normativos en favor de las trabajadoras de sexo femenino, efectivamente discriminatorios por razón de sexo para el varón.

Como exponente de tales tratos preferentes discriminatorios pueden citarse las SSTC 81/1982, de 21 de diciembre; 98/1983, de 15 de noviembre; 103 y 104/1983, de 22 y 23 de noviembre; 207/1987, de 22 de diciembre; 102/1992, de 25 junio, y 3/1993, de 14 de enero, todas ellas posteriormente comentadas.

A) Acciones positivas y normas “supuestamente protectoras” en favor de la mujer: requisitos determinantes del trato preferente como medida de acción positiva

a) Acceso al empleo

En la primera de las mencionadas SSTC, la 216/1991, no se cuestiona exactamente la adecuación al mandato constitucional de igualdad de las medidas de acción positiva, aunque sí se concreta la incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 CE sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación que proclama el art. 14 CE.

En este caso concreto, la demandante de amparo consideró lesionado su derecho a la igualdad al ser inadmitida su solicitud de participación en las pruebas de acceso a la XLIII promoción de la Academia General del Aire por parte del Ministerio de Defensa. La nor-

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

mativa aplicable en el momento en que fue inadmitida su solicitud lo impedía en atención a su condición femenina, si bien sólo “hasta que se encontraran realizadas las necesarias adaptaciones organizativas y de infraestructura en las Fuerzas Armadas” correspondiendo al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Defensa, la determinación del orden progresivo de acceso a las mismas. La Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, en su art. 36, disponía expresamente “la ley establecerá la forma de participación de la mujer en la defensa nacional”, y el posterior Real Decreto 2078/1985, de 6 de noviembre, por el que se fijan las condiciones y las pruebas para el ingreso en la enseñanza Superior Militar, señaló, en su DA, que “el ingreso de la mujer en la Enseñanza Superior Militar será regulado por la ley que determine su participación en la Defensa Nacional”. La posterior Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional elimina toda discriminación por razón de sexo en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares, lo que permitió a la recurrente ser admitida en las pruebas selectivas de ingreso en la Enseñanza Superior Militar, que no superó.

Así las cosas, centra el TC la cuestión controvertida en la respuesta a dos interrogantes. De un lado, se cuestiona si podía calificarse de razonable el mantenimiento temporal de una diferenciación discriminatoria en los términos señalados. De otro lado, y sólo en caso de responder afirmativamente al anterior, si podía considerarse, a su vez, razonable el período de tiempo transcurrido desde que el mantenimiento fue normativamente decidido hasta que se le denegó su solicitud a la demandante de amparo⁵³.

Para responder a la cuestión planteada recuerda el TC, en síntesis, que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación que proclama el art. 14 CE es de aplicación directa e inmediata y que su adecuada interpretación exige además la integración sistemática del mismo con otros preceptos de la CE, como el art. 1.1 CE que proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico, y el art. 9.2 CE que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sea real y efectiva⁵⁴.

A partir de entonces, y centrándose en la incidencia del art. 9.2 CE sobre el art. 14 CE se señala que tal incidencia no sólo implica que no puedan considerarse discriminatorias las medidas de acción positiva en favor de determinados colectivos, históricamente discriminados, y dirigidas a compensar su situación de desigualdad sustancial —como ya había señalado el TC en anteriores SSTC 128/1987, 166/1988, 19/1989 y 145/1991—, sino que también exige de los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad histórica, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección, de forma tal, que si bien no cabe mesurar *ex constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en procurar aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un período de tiempo razonable debe lle-

(53) FJ 5º.

(54) FJ 5º.

var a que sean calificados como inconstitucionales los actos que la mantengan⁵⁵. Por todo ello, se reconoce a la demandante de amparo su derecho a la igualdad y se declara nulo el acto o resolución por el que se le denegó su solicitud de participación en las pruebas de acceso a la Academia General del Aire.

En el supuesto que resuelve la posterior STC 229/1992⁵⁶, si se analiza concretamente el alcance y finalidad de las medidas de acción positiva, y la diferencia real entre las medidas que tratan de asegurar la igualdad real de oportunidades y aquellas otras normas, supuestamente protectoras del trabajo de la mujer, cuyo cumplimiento sólo perpetúa una división sexista de los trabajos.

En este caso, la demandante de amparo había superado las pruebas de admisión para acceder a una plaza de ayudante minero en HUNOSA. Pese a ello, la citada empresa le deniega la plaza porque considera aplicable un Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos prohibidos a las mujeres y a los menores⁵⁷, que en su art. 1 establecía la prohibición de trabajo de las mujeres en las minas por las condiciones especiales del trabajo y por el peligro de accidentes.

La aspirante impugna esta decisión, pero los órganos de la jurisdicción ordinaria desestiman su pretensión, en tanto que consideraron que la previsión contenida en el mencionado precepto era conforme con el art. 14 CE por ser una medida protectora en favor de la mujer.

El TC, partiendo del hecho de que la negativa a la admisión de la demandante por parte de la empresa era debida exclusivamente a su condición de mujer y a que se consideró aplicable la normativa prevista en el mencionado Decreto, señala que lo que debe analizarse es si esa prohibición resulta o no compatible con el derecho a la no discriminación que consagra el art. 14 CE.

Para ello, reitera primero la adecuación constitucional de las medidas de acción positiva. Señala que la prohibición de discriminación implica también la posibilidad de que se adopten medidas de acción positiva, y el establecimiento de un “derecho desigual igualitario”, que traten de asegurar la igualdad efectiva de oportunidades entre hombres y mujeres, al amparo del art. 9.2 CE, aunque también indica que estas medidas de apoyo deben operar realmente en beneficio de la mujer asegurando la igualdad real de oportunidades, de modo que no pueden operar en perjuicio de la mujer⁵⁸.

(55) FJ 5º, in fine.

(56) Comentada por ALONSO OLEA, M., “La mujer, minera de interior; o sobre un supuesto avance del derecho de no discriminación por razón de sexo”, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo X, Civitas, Madrid, 1992, págs. 669 y ss.

(57) BOE de 26 de agosto.

(58) FFJJ 2º y ss.

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

Se dice después que la existencia de trabajos prohibidos a las mujeres es una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra femenina, pero que tales medidas han perdido ya su razón de ser, teniendo en cuenta la evolución social de la política antidiscriminatoria, y también la evolución social y productiva y la mejora de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo⁵⁹. Por ello, al haber perdido ya su razón de ser, lo que hacen estas normas prohibitivas es reforzar una división sexista de los trabajos, e imponer, en realidad, trabas al acceso de la mujer al mercado de trabajo, incompatibles con el mandato constitucional de igualdad y con su versión laboral del art. 17.1 ET, de lo que se desprende la derogación tácita del mencionado Decreto de 1957⁶⁰.

Finalmente, señala el TC que aunque este tipo de trabajos requieren de especiales condiciones físicas, por su dureza, estas condiciones son exigibles por igual a hombres y mujeres, al margen de su sexo, de modo que no se puede suponer que todos los hombres las tienen ni que todas las mujeres carezcan de ellas, ni considerarse relevante al respecto la eventualidad de que un mayor número de hombres que de mujeres puedan reunir en el caso concreto esas exigencias⁶¹. Por ello, y en tanto que la empresa únicamente denegó el acceso de la mujer a ese puesto de trabajo por el hecho de ser mujer, puesto que ya había superado las pruebas, se concede el amparo solicitado y se reconoce el derecho de la demandante a ocupar la plaza solicitada de ayudante minero⁶². Comprobadas las condiciones físicas exigidas, no existe razón alguna (salvo que estuviera en juego el embarazo o la maternidad) que justifique la exclusión de la mujer de este tipo de trabajo⁶³.

b) Condiciones de trabajo

Referidas al disfrute de determinadas ventajas económicas exclusivamente por las trabajadoras de sexo femenino, dos importantes Sentencias del TC, la STC 128/1987, de 16 de julio⁶⁴, y la STC

(59) FJ 3º.

(60) ALONSO OLEA, M., "La mujer...", cit., pág. 671.

(61) FJ 4º.

(62) En la misma línea, en relación a la prohibición legal de trabajo nocturno de la mujer la STJCE de 2 de agosto de 1993, Asunto "Levy". Al respecto RODRÍGUEZ-PINERO, M., "Discriminación, igualdad de trato...", cit., pág. 87.

(63) Ampliamente, ALONSO OLEA, M., "La mujer...", cit., págs. 674 y ss.

(64) Comentada por ALONSO OLEA, M., "Varón discriminado, III; ya tendiendo a dejar de serlo. Y sobre la "acción afirmativa", Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social, Civitas, Madrid, Tomo V, 1987, págs. 251 y ss. Asimismo, en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 30, 1987, págs. 293 y ss., que cita.

SEÑALA EL TC QUE TAMBIÉN ES NECESARIA LA ELIMINACIÓN DE LAS NORMAS PROTECTORAS DEL TRABAJO FEMENINO QUE SUPONGAN, EN REALIDAD, UN OBSTÁCULO PARA EL ACCESO DE LA MUJER AL EMPLEO EN IGUALDAD DE CONDICIONES CON LOS TRABAJADORES VARONES

28/1992, de 9 de marzo⁶⁵. En ambos casos el recurso se interpone por trabajadores de sexo masculino. El principio de igualdad, y la diferencia conceptual entre las medidas de acción positiva, que efectivamente tratan de compensar una desigualdad objetiva de partida, y determinadas normas, supuestamente protectoras, pero que parten de una consideración “no igual” de la mujer, y que son, por ello, constitucionalmente ilegítimas, constituyen el eje de ambas sentencias.

En el primero de los supuestos, el demandante de amparo, era Ayudante técnico Sanitario de un hospital de la Seguridad Social, integrado en el Insalud. Según un Acuerdo del extinto Instituto Nacional de Previsión de 1974, aplicado por el Insalud, todas las trabajadoras del centro sanitario con hijos menores de 6 años, y también aquellos trabajadores varones y viudos con hijos menores de 6 años, tenían derecho a percibir un complemento retributivo de 4.000 pesetas mensuales, en concepto de guardería. El demandante, casado y con una hija menor de 6 años, no percibía dicho complemento al no cumplir los requisitos requeridos, por lo que interpuso reclamación previa ante la Dirección General del Insalud solicitando se le reconociera el derecho a percibirlo, solicitud que fue denegada por silencio administrativo. Posteriormente interpone demanda ante la Magistratura de Trabajo, que desestima su demanda, señalando, en síntesis, que al no reunir los requisitos necesarios y no encontrarse en la misma situación que el resto de beneficiarios no podía alegar vulneración del principio de igualdad ni discriminación.

El TC, que, con anterioridad se había pronunciado sobre la ilegitimidad constitucional de las diferencias de trato entre hombres y mujeres cuando tales diferencias no aparecen fundadas más que en el sexo de los afectados —por todas SSTC 81/1982, de 21 de diciembre y 7/1983, de 14 de febrero⁶⁶—, rechaza, sin embargo, en este caso que sean discriminatorias las ayudas para guarderías sólo accesibles a las mujeres. El motivo, la desigualdad de hecho. La fuente, datos estadísticos objetivos.

Se dice, en primer lugar, que no puede ignorar el Tribunal que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, que resulta de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente de los hijos, y que ello supone evidentemente un obstáculo, muchas veces insalvable, para el acceso al trabajo. A tal efecto se analiza la Encuesta de Población activa del tercer trimestre de 1986, y se constata, como dato objetivo, la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales⁶⁷.

(65) Comentada por ALONSO OLEA, M., “Un avance mínimo y vacilante en el camino de la ‘acción afirmativa’ —o, al menos no negativa— a favor de la mujer como socialmente desfavorecida, y, por tanto, como necesitada de protección”, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, Tomo X, 1992, págs. 135 y ss.

(66) FJ 6°. Sobre la primera de estas STC, y sobre la posterior STC 98/1983, de 15 de noviembre, que resuelve un supuesto sustancialmente igual al que resuelve la anterior, ALONSO OLEA, M., “Varón discriminado” I y II, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, Tomo I, 1983, págs. 118 y ss., y págs. 235 y 236, respectivamente.

(67) FJ 10°.

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

Al hilo de lo anterior, se señala posteriormente que no resulta, por lo tanto, discutible que a efectos laborales, la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo y que, desde luego, tampoco reside en que la mujer tenga superiores obligaciones, de orden jurídico o moral, que el hombre respecto a los hijos. La diferencia, señala el TC, reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación⁶⁸.

Concluye el TC señalando que en tanto que esta realidad perdure no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños⁶⁹.

La diferencia de trato, basada exclusivamente en el sexo, y en una consideración no igual entre hombres y mujeres hace que sea distinto el supuesto que resuelve la STC 28/1992. En este caso, según lo previsto en el convenio colectivo de la empresa Telefónica, una misma situación, como lo era la prestación de servicios en turno de noche, se trataba de forma diferente en función del sexo de los trabajadores. Cuando se trataba de una mujer, percibía un plus por entrada o salida de turnos nocturnos, dirigido a facilitar a las empleadas el desplazamiento desde el centro de trabajo hasta sus domicilios. Los trabajadores varones no percibían ese complemento hasta que un convenio posterior extiende el derecho, desde 1985, a todos los trabajadores.

(68) FJ 10º. En reciente STJCE de 19 de marzo de 2002 (Asunto C-476\1999 Lommers), al resolver la cuestión prejudicial planteada por el *Centrale Raad van Beroep* (Países Bajos), se rechaza que pueda considerarse discriminatoria la medida adoptada por el Ministerio de Agricultura que pone a disposición de su personal plazas de guarderías y las reserva exclusivamente a los hijos de funcionarias, salvo casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. El Tribunal de Justicia declara que “el artículo 2, apartados 1 y 4 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976 (...) no se opone a una normativa adoptada por un Ministerio para remediar la considerable infrarrepresentación de las mujeres entre su personal y que, en un contexto caracterizado por la insuficiencia manifiesta de guarderías adecuadas y asequibles, reserva a las funcionarias las plazas de guardería que subvenciona y pone a disposición de su personal en número limitado, mientras que los funcionarios únicamente pueden tener acceso a ellas en casos de urgencia que corresponde apreciar al empleador. Todo ello siempre que la excepción establecida a favor de los funcionarios se interprete, en particular, en el sentido de que permite el acceso al sistema de guardería en las mismas condiciones que las funcionarias a aquellos funcionarios que asuman la guarda de sus hijos”.

(69) En la línea de la STC 128/1987, la STC 19/1989, de 31 de enero, que declaró válido el coeficiente reductor más favorable en la jubilación anticipada femenina, al respecto, BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia...*, cit., pág.123, NP285. Comenta asimismo la Sentencia, REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, cit., págs. 31 y 32. En la STC 19/1989 se señala que “la diferencia de trato consagrada en los Estatutos de la Mutualidad Laboral del sector textil no tenía por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones al momento de su jubilación, sino más bien compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino”, FJ 5º. Siguiendo los argumentos de la STC 128/1987, SSTS de 20 de marzo y de 15 de abril de 1997 (Ar. 2592 y 3200). En ellas se señala que “en definitiva, el trato diferenciado de varones y mujeres cuando tiene justificación en situaciones efectivamente distintas, no es discriminatorio. Y desde este punto de vista y descendiendo al hecho concreto no puede desconocerse que según las últimas estadísticas en España, las mujeres dedican una media de 4 horas y media a tareas domésticas y familiares, mientras que los varones sólo emplean en esta actividad media hora al día. La situación es, pues, manifiestamente desigual, y en su consecuencia, el tratamiento ajustado a esta diferencia no es discriminatorio”. A ello se añade que estas últimas manifestaciones ponen de relieve que las actuales circunstancias sociales que existen en nuestro país siguen siendo marcadamente desventajosas par la mujer, no habiendo desaparecido las situaciones y datos de base que constituyeron la razón esencial de la doctrina del TC. De la doctrina de suplicación, recientemente, resolviendo un mismo supuesto referido a la ayuda de guardería, STSJ de Castilla y León, sede de Burgos, de 5 de marzo de 1999 (Ar.1773).

Un trabajador demanda a la empresa la percepción de determinadas cantidades por entrada y salida de turnos nocturnos, apoyando su pretensión en el carácter discriminatorio de su percepción exclusivamente por mujeres. La sentencia de instancia había desestimado la demanda señalando que la diferencia de trato estaba justificada en términos objetivos y razonables. Señalaba además que la diferencia se justificaba por el hecho de haber sido establecida por convenio colectivo y, en consecuencia, como fruto de la negociación entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

El TC comienza señalando que no basta constatar que una diferencia de trato se encuentra establecida en convenio colectivo para llegar a la conclusión de que la misma está justificada y se adecua a las exigencias del art. 14 CE, en tanto que el convenio colectivo, como norma jurídica, debe someterse a las normas de mayor rango dentro del sistema de fuentes, y respetar, por supuesto, los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente⁷⁰.

Posteriormente, tras reiterar la legitimidad constitucional de las medidas de acción positiva, ofrece el TC el argumento clave de su definición, indicando además que la prohibición de discriminación por razón de sexo exige también la eliminación de las normas protectoras del trabajo femenino que supongan en realidad un obstáculo para el acceso de la mujer al empleo en igualdad de condiciones con los trabajadores varones. Al efecto se señala que se debe valorar —muy importante—, si la norma convencional es una norma “protectora” que responde a una consideración “no igual” de la mujer como trabajadora y que, por ello, sería “constitucionalmente ilegítima”, o si es, por el contrario, una medida tendente a compensar una desigualdad de partida, y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón⁷¹.

En este singular supuesto no se aprecian elementos objetivos que permitan entender que se trata de una medida establecida para favorecer la promoción del trabajo de la mujer. Además, al conectarse la norma convencional con la eventual peligrosidad del transporte por la noche, se parte de una noción diferenciadora de la mujer, a la que se sujeta a unos riesgos que nunca amenazan al varón⁷². Por ello, la mencionada norma convencio-

(70) FJ 2°. Se citan las previas SSTC 177/1988, de 10 de octubre y 108/1989, de 8 de junio. FJ 2°. Recientemente, en STC 119/2002, de 20 de mayo, con cita de la STC 2/1998, de 12 de enero, se recuerda que “en el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y a la no discriminación, éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 117/1998, de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre, o 28/1992, de 9 de marzo, entre otras)”. “No podemos olvidar, por tanto, que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de los representados”. La conclusión es que ni la autonomía colectiva puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diferenciadora debe poseer para resultar conforme con el art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles.

(71) FJ 3°.

(72) FJ 3°, *in fine*.

nal se califica finalmente como una norma supuestamente protectora en favor de la mujer, no compatible con el mandato de igualdad del art. 14 CE⁷³.

c) Extinción contractual

Referidas, en este caso, a normas aparentemente protectoras, pero, en realidad, desincentivadoras de la permanencia en el empleo de la mujer trabajadora, hay que citar, finalmente, dos Sentencias del TC, la STC 317/1994, de 28 de noviembre⁷⁴, y la STC 16/1995, de 24 de enero⁷⁵. En ambos casos, son las propias trabajadoras quienes interponen recurso de amparo al serles negada la aplicación de los preceptos discriminatorios.

En la primera de ellas, la trabajadora demandante de amparo había contraído matrimonio en enero de 1991. Como consecuencia de ello, y amparándose en el art. 56 de la Ordenanza Laboral de Seguros de 10 de junio de 1971, solicitó la rescisión indemnizada de su contrato. En la mencionada Ordenanza se señalaba que el personal femenino afectado por ella, podía optar, al contraer matrimonio, por continuar en la empresa o por rescindir su contrato de trabajo, con derecho a una determinada indemnización. Como la solicitud fue denegada por la empresa, la trabajadora interpuso demanda judicial que fue desestimada en la instancia y en suplicación. Ambas sentencias consideraron el mencionado privilegio como discriminatorio, y nulo por inconstitucional.

El TC, que también considera discriminatorio el efecto desigualatorio del precepto de la Ordenanza, concreta en este caso dos factores importantes. De un lado, que el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrín-

(73) Concluye el TC señalando, sin embargo, que la lesión de la igualdad no se produce porque se impongan a los varones obligaciones o cargas que no pesan sobre sus compañeros sino por no hacerles participar de un derecho que se les otorga a éstas.

La pretensión del actor en este caso no podía lograrse mediante la inaplicación de la norma a favor de las mujeres sino mediante la extensión de este privilegio a los trabajadores varones. Esto implicaría la creación de una norma nueva, cuya formulación concreta por parte del juez no podría hacerse sino en términos inciertos. Por ello se desestima el amparo: se dice que para respetar el principio de igualdad, el juez se habría visto obligado a establecer un régimen distinto para el plus, cuya aplicación al recurrente no hubiera conducido necesariamente a otorgarle el derecho por su extensión a todos los trabajadores al margen de su sexo. La pretensión del recurrente no podía, en consecuencia, ser atendida, y su desestimación no violó el derecho a la igualdad.

(74) Comentada por MONTOYA MELGAR, A., "Discriminación nula pese a ser consentida", *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, Tomo XII, 1994, págs. 504 y ss.

(75) Comentada por ALONSO OLEA, M., "Elaboración sobre dos temas conocidos, procesal el uno (relación entre el recurso de casación para unificación de doctrina y el recurso de amparo), sustantivo el otro (triumfo empírico y derrota final del varón discriminado, a costa de la mujer)", *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, Tomo XIII, 1995, págs. 66 y ss.

NO DEBE RESTABLECERSE LA IGUALDAD PRIVANDO AL PERSONAL FEMENINO DE LOS BENEFICIOS QUE EN EL PASADO HUBIERA ADQUIRIDO, SINO OTORGANDO LOS MISMOS AL PERSONAL MASCULINO QUE REALIZA IDÉNTICOS TRABAJO Y ACTIVIDAD PROFESIONAL

secamente inconstitucional del tratamiento que haya de serle aplicado⁷⁶. De otro lado, los dos requisitos que condicionan la legitimidad de las normas protectoras, o aparentemente protectoras, de la mujer como trabajadora: el primero, que la medida en cuestión no sea contraria al principio de igualdad de trato, es decir, que no tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación de los colectivos discriminados; el segundo, que es también necesario que la norma no haya perdido su razón de ser o, lo que es lo mismo, que no tienda a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, y que no sean admisibles, en cuanto a través de este instrumento, consoliden la situación discriminatoria contra la que se reacciona⁷⁷.

Partiendo de las anteriores premisas, se concluye que la citada norma de la Ordenanza Laboral quedó derogada por la Constitución. En primer lugar, porque no cumplía el primero de los mencionados requisitos, en tanto que producía como resultado la pérdida de la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo al incentivar la interrupción de la carrera profesional de la mujer, y potenciaba la desocupación femenina, así como la menor integración de la mujer en el mundo del trabajo. En segundo lugar, porque tampoco cumplía el segundo de los requisitos, en tanto que claramente había perdido su razón de ser en una sociedad como la actual y en un ordenamiento que propugna como valor superior el de igualdad, prohibiendo la perpetuación o fomento de la desigualdad discriminatoria siquiera a través de medidas indirectas⁷⁸.

(76) FJ 2º, *in fine*. Como señala MONTROYA MELGAR, A., “Discriminación nula...”, cit., pág. 505, que la concreta reclamante tuviera interés personal en ejercer el “beneficio” de referencia no significa que, en un plano general, la opción a favor de la extinción del contrato no fuera una figura jurídica discriminatoria de la mujer, y no del varón.

(77) FJ 2º. Se señala que en esta línea, el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (BOE de 21 marzo 1984), reitera la necesidad de que los Estados firmantes adopten las medidas necesarias para “modificar los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y la prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas (...) en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

(78) FJ 3º. Por último, señala el TC que no es posible subsanar el carácter discriminatorio de la norma mediante la extensión del pretendido “privilegio” a los trabajadores varones. Se dice que la argumentación de la parte es esencialmente errónea, y que no procede aplicar al caso soluciones como las adoptadas en las SSTC 103/1983, 104/1983 o 68/1991, y ello, porque, en primer lugar, no puede hallarse mandato constitucional alguno que imponga el restablecimiento de incentivos para dar por terminado el contrato de trabajo con ocasión del matrimonio, y, en segundo, porque la norma que ha originado el litigio del que trae causa el presente recurso de amparo no es contraria al art. 14 CE por excluir a los valores, sino por someter a las mujeres a un régimen promocional de la terminación del contrato que derechamente conduce a consolidar su expulsión del mercado de trabajo, así como a perpetuar la situación de desventaja en el acceso y el mantenimiento del puesto de trabajo característica de este colectivo. De ahí que carezca de sentido pretender la extensión de un aparente “privilegio” que, *per se*, es contrario al mandato constitucional de igualdad. En las SSTC 103 y 104/1983, de 22 y 23 de noviembre, comentadas por ALONSO OLEA, M., bajo el título “Viudo discriminado I y II”, en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, Tomo I, 1983, págs. 243 y ss, el TC declaró la inconstitucionalidad del art. 160.2 LGSS y generalizó las condiciones más favorables de las que era destinataria la viuda al viudo. Asimismo SSTC 98/1983, de 15 de noviembre, y 207/1987, de 22 diciembre. La primera sobre jornada máxima nocturna del personal auxiliar sanitario. Se ampliaron los privilegios concedidos a los trabajadores a todo el personal que llevaba a cabo el mismo trabajo. La segunda, generalizó a todos los trabajadores de cierta categoría el régimen de retiro anticipado, hasta entonces más favorable para los auxiliares de vuelo femeninos de IBERIA. Posteriormente STC 102/1992, de 25 de junio, que amplía a los viudos de trabajadoras beneficiarias del SOVI la aplicación de las normas más favorables para el acceso a la pensión que regían respecto de las viudas que originaron derecho por aplicación de aquel régimen. Al respecto BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia y discriminación...*, cit., págs. 122 y ss. Asimismo, STC 3/1993, de 14 de enero, que declara ilegítimo el art. 162.2 LGSS, que reconocía ciertas prestaciones sólo a las hijas y hermanas, y lo extiende a los varones. Al respecto REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, cit., págs. 28 y ss. A todas estas sentencias se hace referencia posteriormente.

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

Finalmente, en el supuesto que resuelve la STC 16/1995, la demandante de amparo, taquillera del Metropolitano de Barcelona, solicitó la jubilación voluntaria al cumplir 55 años, de acuerdo con lo establecido en la Reglamentación de Trabajo de la empresa, petición que le fue denegada. La trabajadora interpuso demanda, que fue desestimada en la instancia, y posteriormente recurso de suplicación, que fue también desestimado. En las resoluciones judiciales se decía, en síntesis, que el precepto que establecía una edad diferente de jubilación voluntaria para hombres y mujeres (60 y 55 años, respectivamente) era discriminatorio por razón de sexo y no podía, en consecuencia, ser aplicado.

La trabajadora recurre en amparo y el TC establece lo siguiente:

Señala, en primer lugar, que el sexo es un factor de discriminación prohibido por el art. 14 CE, pero que hay que tener en cuenta que también es un objetivo constitucional en la actuación de los poderes públicos tratar de poner fin a la histórica situación de inferioridad de la mujer y a su desigual punto de partida. Reiterando la legitimidad constitucional de las medidas de acción positiva, indica que entre los posibles elementos justificados del distinto tratamiento normativo, se encuentran aquellas “medidas de acción positiva en beneficio de la mujer” que contribuyan a poner fin a una situación de inferioridad en la vida social y jurídica.

Al hilo de lo anterior, se señala, que hay que tener en cuenta, sin embargo, que en las medidas normativas protectoras del trabajo femenino puede haber barreras que dificulten el acceso al mundo del trabajo en condiciones de igualdad, aunque éste sea un efecto no deseado, y que puede haber disposiciones que tiendan a reproducir determinados patrones socioculturales, perpetuando la propia posición de inferioridad social de la población femenina, de modo que éstas no podrán considerarse como medidas de acción positiva⁷⁹.

También señala que es cierto que la desigualdad de trato puede dar lugar a una equiparación en el acceso al derecho, pero que puede ocurrir también que la restauración de la igualdad lleve a considerar inaplicable el beneficio, si es injustificado o arbitrario, cuando parte de una excepción articulada sobre un criterio de diferenciación constitucionalmente inaceptable. Una disposición semejante no sería contraria al art. 14 CE por excluir de su ámbito a los trabajadores varones sino por “perpetuar la situación de desventaja en el acceso y mantenimiento del puesto de trabajo”, que es característica del colectivo históricamente desprotegido⁸⁰.

Por todo lo anterior, se dice finalmente que en el presente caso se trataba de una medida “que había perdido su razón de ser” y que “podía ser contraria a la igualdad de trato”, en cuanto afectara negativamente a la igualdad de oportunidades de acceso al empleo del propio colectivo femenino discriminado⁸¹.

(79) FJ 3°.

(80) FJ 4°.

(81) FJ 7°. Crítico con el razonamiento de la Sentencia, ALONSO OLEA, M., “Elaboración...”, cit., págs. 70 y ss.

B) Tratos preferentes y normas discriminatorias por razón de sexo para el varón

Por otro lado, la sola consideración del sexo como factor diferencial en el establecimiento de normas que han privilegiado a la mujer frente al varón, constituye el hilo conductor de una serie de pronunciamientos del TC cuyo más claro exponente lo constituyen las SSTC 81/1982, 98/1983, 103 y 104/1983, 207/1987, 102/1992, esta última precedida de una serie de SSTC que en ella se citan, y 3/1993. La nota en común de las mencionadas Sentencias es que en ellas se extiende a los demás trabajadores los privilegios concedidos al personal femenino⁸².

Las SSTC 81/1982 y 98/1983 se refieren ambas al distinto régimen de trabajo nocturno que para el personal masculino y femenino derivaba del art. 50 del Estatuto del Personal Sanitario Auxiliar Titulado y Titular de Clínica de la Seguridad Social, aprobado por Orden Ministerial de 26 de abril de 1973. Este régimen diferenciado se traducía en la existencia de una jornada nocturna superior para el personal masculino, repercutiendo además en el régimen salarial, desde el momento en que el exceso sobre la jornada prevista suponía el reconocimiento y abono de horas extraordinarias.

En ellas se señala que no cabe admitir el diferente tratamiento normativo cuando el factor diferencial reside exclusivamente en el sexo del colectivo al que van destinadas. Expresamente se señala además que “dado el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige y la obligación que al Estado imponen los artículos 9, número 2, y 35 de la Constitución de promover las condiciones para que la igualdad de los individuos y los grupos sean reales y efectivas y la promoción a través del trabajo sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo, debe entenderse que no se puede privar al trabajador, sin razón suficiente para ello, de las conquistas sociales ya conseguidas”, por lo que “no debe restablecerse la igualdad privando al personal femenino de los beneficios que en el pasado hubieran adquirido, sino otorgando los mismos al personal masculino que realiza idénticos trabajo y actividad profesional, sin perjuicio de que en el futuro el legislador pueda establecer un régimen diferente del actual, siempre que respete la igualdad de los trabajadores”⁸³.

En las SSTC 103 y 104/1983, se declaró la inconstitucionalidad del art. 160.2 LGSS y se generalizaron las condiciones más favorables de las que era destinataria la viuda, al viudo⁸⁴.

(82) BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia y discriminación...*, cit., págs. 120 y ss. Todas ellas comentadas por ALONSO OLEA, M., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Civitas, Madrid. Respectivamente, Tomo I, 1983, “Varón discriminado I”, págs. 118 y ss., “Varón discriminado II”, págs. 235 y 236, “Viudo discriminado I”, págs. 243 y ss., y “Viudo discriminado II”, págs. 251 y ss.; Tomo V, 1987, “Discriminación por razón de sexo; la jubilación anticipada de los auxiliares de vuelo”, págs. 395 y ss. tomo X, 1992, “Viudo discriminado XI. Resultante de nuevo de la inconstitucionalidad del artículo 3º del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955”, págs. 381 y ss.; y Tomo XI, 1993, “Sobre la inconstitucionalidad de un precepto —el art. 162, núm. 2, de la Ley General de Seguridad Social— una y dos veces derogado”, págs. 39 y ss.

(83) FJ 2º.

(84) Con voto particular la primera y sin voto particular ya la segunda. Al respecto, ALONSO OLEA, M., “Viudo discriminado II”, cit., pág. 251.

En ellas se señala que las exigencias adicionales del derecho a pensión de los viudos de sexo masculino, eran las que constituían una discriminación por razón de sexo, contraria al mandato de igualdad ante la ley establecido por el artículo 14 CE. Se considera discriminatorio el precepto cuestionado, en tanto que otorgaba un trato diferente a situaciones iguales —cotización igual para ambos sexos y vacío económico que producía la mujer trabajadora idéntico al que causaba el marido en iguales casos—⁸⁵.

En la posterior STC 207/1987, se generaliza a todos los trabajadores auxiliares de vuelo de la empresa IBERIA, el régimen de retiro anticipado, hasta entonces más favorable para los auxiliares de vuelo femeninos⁸⁶. En ella se insiste en que “este Tribunal ha declarado en forma reiterada que existe una discriminación cuando dos casos sustancialmente iguales son tratados de manera diferente sin razón bastante que justifique esa diferencia de trato. El sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el artículo 14 de la Constitución”.

En la misma línea, la posterior STC 102/1992, precedida de una serie de SSTC que en ella se citan⁸⁷, amplía a los viudos de trabajadoras beneficiarias del SOVI la aplicación de las normas más favorables para el acceso a la pensión que regían respecto de las viudas⁸⁸. Se analiza concretamente el art. 3 del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, regulador del SOVI, y se concluye que la aplicación administrativa y judicial del referido precepto supuso una desigualdad de trato basada exclusivamente en el sexo e incompatible con el art. 14 CE desde la entrada en vigor de nuestra Constitución⁸⁹.

Finalmente, la posterior STC 3/1993, declaró ilegítimo el art. 162.2 LGSS, que reconocía ciertas prestaciones a favor de las hijas y hermanas, y no a favor de los hijos y hermanos. La

**SÓLO LOS DATOS
ESTADÍSTICOS OBJETIVOS
LIGADOS A LA MAYOR
DIFICULTAD PARA LA
MUJER CON HIJOS DE
CORTA EDAD PARA
INCORPORARSE AL
TRABAJO O PARA
PERMANECER EN ÉL,
PARECE JUSTIFICAR EL
TRATO PREFERENTE DE LA
MUJER FRENTE AL VARÓN
EN ALGUNOS ASPECTOS**

(85) FJ 2º de la STC 104/1983, reiterando la doctrina contenida en la anterior STC 103/1983, por ser, en palabras del TC, enteramente aplicable. En el importante voto particular de la STC 103/1983, se hacía referencia, en cambio, al art. 9.2 CE, como mecanismo para eliminar la desigualdad real en la que se encuentran las mujeres, y que legitimaba el establecimiento de medidas compensatorias. Al respecto BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia y discriminación...*, cit., pág. 121.

(86) BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia y discriminación...*, cit., pág. 124.

(87) FJ 2º. SSTC 253/1988, 144/1989, 176/1989, 158/1990, 58/1991 y 142/1990.

(88) BALLESTER PASTOR, M.A., *Diferencia...*, cit., pág. 125.

(89) FJ2º, in fine.

Sentencia extiende la protección a los varones⁹⁰. En ella se señala que en tanto que el art. 41 CE hace un diseño de la Seguridad Social con vocación universal, no puede entenderse que el ámbito de cobertura de una prestación que, como la pensión a favor de familiares, contribuye a garantizar prestaciones sociales ante una situación de necesidad, continúe delimitada en atención a criterios más o menos arbitrarios como el del sexo⁹¹.

6 CONCLUSIONES

1. Las acciones positivas no sólo son constitucionalmente legítimas sino que son “deberes constitucionales” que encuentran su razón de ser en el art. 9.2 CE, manifestación clara de la sociedad pluralista sobre la que se constituye nuestro país como un Estado Social y Democrático de Derecho, y en el art. 1.1 CE, que proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico. Conceptualmente se pueden definir como aquellas acciones de favorecimiento, siquiera temporal, que se emprendan en beneficio de determinados colectivos, al objeto de suavizar o compensar situaciones sustancialmente desiguales de partida.

2. Las discriminaciones inversas son una de las acciones positivas que se pueden adoptar en fomento de la igualdad, y las cuotas y los tratos preferentes son, a su vez, medidas o modos a través de los cuales se hacen efectivas las discriminaciones inversas.

3. El único supuesto legal de cuotas en el acceso a un puesto de trabajo que existe en nuestro ordenamiento vigente es el que se refiere a los trabajadores minusválidos. El TC se ha pronunciado declarando la legitimidad constitucional de esta medida. De su pronunciamiento –STC 269/1994– se deduce la posibilidad, siempre que se cumplan las condiciones fácticas y jurídicas necesarias, de que tal modalidad de acción positiva se extienda, en su caso, a otros supuestos de discriminación de los expresamente previstos en el art. 14 CE.

4. El problema de la legitimidad de las medidas de acción positiva y, más concretamente, del sistema de cuotas en favor de la mujer se ha analizado por el TJCE. De su doctrina se extraen dos conclusiones. Una, que es incompatible con el principio de igualdad “un régimen de preferencia absoluta e incondicional”. Dos, que es incompatible con el principio de igualdad un “sistema de cuotas rígido, automático y cerrado, pero no un sistema de cuotas flexible”.

5. Del problema de los tratos preferentes, o de la legitimidad constitucional de determinadas medidas “supuestamente protectoras” del trabajo de la mujer, se ha ocupado nuestro TC. De su doctrina se extrae que hay que distinguir entre las “normas protectoras” que parten de una condición no igual de la mujer como trabajadora, y que son consti-

(90) Al respecto REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental...*, cit., págs. 28 y ss.

(91) FJ 2°.

Medidas de acción positiva en las relaciones laborales

tucionalmente ilegítimas, de las “medidas que tienden a compensar situaciones desiguales de partida” en beneficio de la igualdad, y que son constitucionalmente legítimas.

De ello, a su vez, se deduce que aquellas medidas supuestamente protectoras, pero que realmente perpetúan la situación de desventaja en el acceso y mantenimiento del puesto de trabajo, vulneran el principio de igualdad. Tal es el caso de las medidas que prohíben el acceso a determinados trabajos, que reconocen el acceso selectivo, y sin justificación en situaciones efectivamente distintas, al cobro de determinados pluses, o que fijan requisitos distintos de acceso a la extinción contractual indemnizada o edades diferentes de acceso a la condición de jubilado, cuando el único factor que se tiene en cuenta en su establecimiento es el sexo del colectivo al que van destinadas.

Tampoco pueden ser conceptuadas como medidas de acción positiva, lógicamente, aquellas normas que establecen privilegios en favor de la mujer que resultan finalmente discriminatorios por razón de sexo para el varón –SSTC 103 y 104/1983–.

6. Finalmente, el trato diferenciado de varones y mujeres, cuando tiene justificación en situaciones efectivamente distintas, no es discriminatorio. Tanto la ilegitimidad constitucional de aquellos tratos desiguales discriminatorios para el varón, como de aquellas medidas supuestamente protectoras, pero que operan en realidad en perjuicio de la mujer, implican que al margen de las normas que protegen a la mujer durante el embarazo, maternidad y período de lactancia, y con la excepción de algún pronunciamiento del TC que consideró válido, por razones históricas, el coeficiente reductor más favorable en la jubilación anticipada femenina –STC 19/1989–, sólo los datos objetivos estadísticos ligados a la mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, parece justificar, hasta el momento, el trato preferente –STC 128/1987–.

Una reciente medida adoptada como estímulo a la incorporación de la mujer con hijos menores al mercado laboral se encuentra en el nuevo art. 67 bis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias, añadido por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, en los términos a que antes se hizo referencia⁹².

(92) Apartado 3.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:****Consideración preliminar. 1. Efecto directo de las directivas comunitarias.****2. Convenios colectivos: clases.** A) Naturaleza y eficacia de los Acuerdos de adhesión.B) Convenios extraestatutarios. **3. Vigencia y aplicación del convenio colectivo.**A) Sucesión de convenios. B) Concurrencia de convenios colectivos. C) En supuestos de sucesión de empresas. **4. Administración del convenio.** A) Acuerdos de las comisionesmixtas. B) Interpretación de convenios. **5. Validez y eficacia del laudo arbitral.****6. Condición más beneficiosa.** A) Delimitación. B) Origen: los usos de empresa.C) Revisión. **7. Autonomía de la voluntad: renuncia de derechos.****CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

La presente crónica abarca las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2002 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 2464 a J 3178).

1. EFECTO DIRECTO DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS

La STS de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 2464, admitió el efecto directo del art. 6 de la Directiva 93/104 de la CE, ante la falta de normas nacionales que hubiesen adaptado el derecho interno a lo dispuesto en el art. 16.2 o, en su caso, que hubieran adoptado las excepciones previstas en el art. 17, apartados 2, 3 y 4, de esta Directiva (STSJCE de 3 de octubre de 2000). La cuestión litigiosa, que dio lugar a esta sentencia, había tenido su origen en una demanda de conflicto colectivo presentada por las patronales, en la que se pedía precisamente lo contrario, esto es, que no se aplicara, a los médicos que prestaban servicios en Hospitales concertados de la Red Hospitalaria de utilización pública de Cataluña, la limitación de jornada prevista en el art. 6.2 de la Directiva 93/104 de la CE.

No supuso ningún obstáculo, para el TS, la doctrina del TSJCE según la cual la invocabilidad de las directivas sólo podría hacerse frente al Estado que incumplió su obligación de trasponer el contenido de las mismas a su ordenamiento en el plazo concedido para ello, pues en este supuesto al tratarse de Hospitales concertados, esto es, organismos que

satisfacen necesidades públicas y están sometidos al control de poderes públicos, el TS entendió que participaban del carácter estatal, también según doctrina del TSJCE.

Por su parte, la aplicación directa de la Directiva 2001/23/CE sirvió de apoyo a la **STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2002**, I.L. J 2539, para negar el derecho de los trabajadores, en un supuesto de sucesión de empresas, a ser automáticamente incluidos en el ámbito de aplicación del convenio de la empresa en la que se habían integrado como consecuencia de la sucesión. Según esta sentencia, la Directiva era suficientemente clara y precisa para que pudiera ser directamente aplicable sin esperar a la ley de transposición al derecho interno (lo que tuvo lugar por la Ley 12/2001, de 9 de julio, que modificó el art. 44 del ET). En consecuencia lógica, se entendió que la empresa no estaba obligada a cambiar las condiciones de trabajo de los trabajadores absorbidos mientras estuviera en vigor el convenio colectivo que les era aplicable o no se negociara uno nuevo.

2. CONVENIOS COLECTIVOS: CLASES

A) Naturaleza y eficacia de los Acuerdos de adhesión

Los acuerdos de adhesión constituyen, como ya ha dicho el TS en reiteradas ocasiones [SSTS de 23 de septiembre de 1997 (recurso 3323/1997) y 20 de octubre de 1997 (recurso 350/1997)], “una modalidad peculiar o forma especial de convenio colectivo” y, por lo tanto, están dotados de eficacia *erga omnes*, reconocida en el art. 82.3 ET. Esta doctrina ha sido reiterada en la **STS de 20 de diciembre de 2002**, I.L. J 2642, en la que la cuestión litigiosa se había suscitado con ocasión de la interpretación de un Acuerdo de adhesión en su totalidad al II Convenio Colectivo del Personal Laboral al Servicio de la Administración Autonómica, suscrito entre un Ente público de la Generalitat Valenciana, su comité de empresa y los sindicatos CCOO y UGT. En este caso, con base en el apartado 3 del propio Acuerdo, se entendió que la adhesión se extendía de forma automática a todos aquellos acuerdos que adoptasen los órganos competentes en desarrollo e interpretación del convenio no así a los pactos o acuerdos cuyo contenido excediera de lo previsto en el Convenio ni a los suscritos por órganos distintos.

B) Convenios extraestatutarios

La naturaleza del convenio extraestatutario se abordó en la **SAN de 4 de octubre de 2002**, I.L. J 2703, a propósito de la posible adhesión a un convenio de este tipo. Nos recuerda esta sentencia, siguiendo la doctrina del TS (SSTS 2 de febrero y 21 de junio de 1994) que los convenios extraestatutarios, al carecer de una regulación propia, se rigen directamente por el art. 37.1 CE y por las normas que el Código Civil dedica a los contratos (arts. 1091 y 1254 a 1258), sin perjuicio de aplicar en su dimensión básica, las reglas generales del propio Estatuto, dada su calidad de “conciertos plurales”. Por ello la supuesta exclusión, de la negociación de estos acuerdos, del sindicato demandante no podía suponer infracción de norma de derecho necesario, dado que, como había decla-

I. Fuentes del Derecho

rado el TC en su Sentencia de 4 de junio de 2001, la singularidad más relevante del modelo que constituye la negociación de eficacia limitada es que se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. En contrapartida, parece concluir la sentencia comentada, si un convenio extraestatutario contiene disposiciones cuya aplicación sólo es posible desde su eficacia *erga omnes*, habría que considerar que tales disposiciones no son válidas.

Para la **STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2669, la adhesión a un convenio extraestatutario requiere, para su eficacia, una manifestación expresa, clara, consciente e individualizada de aceptación al sometimiento a la norma pactada colectivamente. Ésta es la argumentación utilizada por esta sentencia para rechazar que hubiera adhesión personal por el hecho de que una de las cláusulas del modelo normalizado de contrato hiciera alusión a la aplicabilidad de tal convenio.

Otro tema distinto es que esa naturaleza puramente convencional y el carácter no normativo de los convenios o pactos extraestatutarios, declarada reiteradamente por la jurisprudencia (SSTC 4/1983, de 28 de enero, 12/1983, de 22 de febrero, 73/1984, de 28 de enero y 98/1985, de 29 de julio, y SSTS , entre otras, de 28 de junio de 1994, 17 de octubre de 1994, 5 de diciembre de 1996, y de 30 de noviembre de 1998) no impide su impugnación por quienes no fueron parte en ellos, cuando pudiera advertirse la existencia de una conculcación de la legalidad vigente o, en su caso, una lesión para terceros. Ésta es la conclusión que mantuvo la **SAN de 8 de octubre de 2002**, I.L. J 2704, al reconocer a un sindicato con implantación en la empresa legitimación para impugnar un convenio extraestatutario, con base en los arts. 151.1 y 163.1 de la LPL.

3. VIGENCIA Y APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Sucesión de convenios

El que un convenio posterior establezca una nueva regulación no es suficiente para que ésta se aplique a situaciones o derechos reconocidos con anterioridad, siendo necesario para ello que así lo ordene expresamente o se deduzca inequívocamente de la nueva normativa. Ésta es una de las conclusiones a las que llegó la **STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2002**, I.L. J 2533, en un supuesto de sucesión de convenios en el que el nuevo convenio no mantenía exactamente el mismo ámbito de aplicación que los que sustituía, lo que trajo como consecuencia su inaplicación a algunas contrataciones celebradas con anterioridad a su vigencia.

La sucesión de normas siempre plantea dudas sobre los posibles derechos que hayan podido adquirirse conforme a la legislación anterior. Pero, “para que un derecho adquirido pueda considerarse existente dentro de una relación intertemporal o de sucesión de normas (...) no basta que el derecho haya nacido (...), sino que tiene que haberse producido la consolidación de la situación jurídica anterior bajo el imperio del ordenamiento anterior”. Ésta es la doctrina del TS [recogida en la STS de 1 de julio de 1994 (recurso 2808/1993)] que sirvió a la **STSJ de Aragón de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2850,

para rechazar que las meras expectativas generadas conforme a la normativa precedente debieran ser respetadas, pues, al tratarse de meras expectativas no consolidadas, no podían ejercitarse con éxito.

En la **STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2954, el problema se planteó porque el convenio vigente (en situación de prórroga) en el momento en que se celebró el contrato (eventual) admitía la posibilidad de celebrar contratos eventuales con una duración superior a la prevista legalmente. Meses después se publicó un Convenio provincial (de oficinas y despachos), aplicable a la relación de trabajo en cuestión, según el cual el contrato eventual no tendría una duración de más de seis meses. Para decidir el convenio aplicable, la sentencia concluyó que debía de atenderse al momento en que el contrato se suscribió; y en ese momento, como se ha dicho, el convenio nacional se encontraba en situación de prórroga, y no era aplicable ningún otro convenio. Por lo tanto, el contrato nació sujeto a legalidad sin adolecer de factor alguno que lo invalidase por causas que por ser posteriores en el tiempo, no debían de ser tenidas en cuenta.

B) Concurrencia de convenios colectivos

En la **STS de 16 de noviembre de 2002**, I.L. J 2474, se discutió la supuesta invasión ilegítima del ámbito funcional del Convenio General de ámbito nacional para empresas concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos de 1998 como consecuencia de la posterior negociación del Convenio colectivo para el sector de regulación del estacionamiento de vehículos en vía pública.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, que conoció de la cuestión en primera instancia, había declarado nulo el Convenio de estacionamiento limitado por considerar que su ámbito funcional estaba integrado en el I Convenio General de aparcamientos, de manera que incurría en concurrencia prohibida con éste. Sin embargo, la STS rechazó dicha concurrencia, con base en una exhaustiva exposición de las características de la actividad que llevaban a cabo las empresas afectadas por uno y otro convenio, que ponían de manifiesto que operaban en ámbitos sectoriales distintos.

Esta sentencia tuvo un voto particular al que se adhirieron tres magistrados que defendía la ratificación del criterio establecido en la sentencia recurrida, que se había limitado a hacer prevalecer el convenio anterior en el tiempo, al entender que el segundo de los convenios regulaba una actividad que estaba contemplada en el primero. A partir de este presupuesto se entró a analizar algunas cuestiones cuya respuesta exigía clarificar cuándo se debía entender que finalizaba el período de vigencia del convenio afectado, si finalizado el período inicialmente pactado o una vez agotado el período de prórroga, para llegar a la conclusión de que debía estarse a las reglas del propio convenio sobre vigencia del contenido normativo del mismo.

A las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y solución de conflictos de concurrencia entre convenios de distintos ámbito, es decir a la interpretación de los arts.

I. Fuentes del Derecho

83.2 y 84, párrafo segundo, del ET, hizo referencia la **SAN de 20 de noviembre de 2002**, I.L. J 2708. Sostuvo esta sentencia que el párrafo segundo del art. 84.2 ET ha estatuido, por razones de carácter político, un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el art. 83.2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales, de modo que en ámbitos inferiores a los de estos convenios y acuerdos se pueden suscribir pactos colectivos “que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior”. Se entendió que este precepto ha concedido una preferencia aplicativa al convenio de ámbito inferior, posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y se trate de materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero del art. 84, y que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales

Para que se produzca una concurrencia es preciso que los convenios concurrentes estén vigentes, así lo puso de manifiesto la **STSJ del País Vasco de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 2958. La cuestión se planteó a propósito del alcance del Convenio Colectivo de ámbito nacional para las empresas de promoción, degustación *merchandising* y distribución de muestras, suscrito en 1998, respecto de un nuevo Convenio Colectivo de comercio de alimentación de Bizkaia de 2001.

La sentencia comentada consideró que, en el momento en que se negoció el convenio provincial, el nacional ya no estaba vigente pues había sido denunciado. Por tanto, donde no hay vigencia temporal no hay concurrencia de convenios. Según esta sentencia la denuncia no es un simple acto formal sino que implica la pérdida de vigencia del convenio.

C) En supuestos de sucesión de empresas

En principio, la sucesión empresarial no supone para el nuevo empresario mantener indefinidamente las condiciones de trabajo previstas en un concreto convenio colectivo, sino que esa obligación se limita a respetar las condiciones existentes en el momento de procederse a la subrogación, mientras mantenga su vigencia el Convenio Colectivo de la empresa cedente. Éste es el criterio utilizado en la **STSJ de Navarra de 31 de diciembre de 2002**, I.L. J 2828, para admitir el mantenimiento de las condiciones económicas y sociales de los trabajadores, tras un acuerdo de externalización de la unidad productiva autónoma de una empresa, lo que dio lugar a una sucesión empresarial en los términos del art. 44 ET. Ese mantenimiento tiene lugar mientras esté vigente el convenio colectivo de la empresa cedente, no en el futuro.

En el supuesto que dio lugar a la **STSJ de Baleares de 23 de octubre de 2002**, I.L. J 2913, la sucesión no se había producido por aplicación del art. 44 ET sino por imperio de lo previsto en las condiciones técnicas del concurso para la contratación de un nuevo servicio de limpieza en el que se especificaba que la empresa que resultara adjudicataria debería hacerse cargo del personal procedente de la contrata actual. Aun así, entendió la sentencia que, una vez producida la subrogación empresarial, el nuevo empresario quedaba subrogado en los derechos y obligaciones del anterior y, una vez consumada la

sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores seguirían rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuera de aplicación en la empresa o centro de trabajo, hasta la fecha de expiración, aplicando por tanto lo previsto en el art. 44.4 ET.

Un caso muy particular se planteó en la **STS de 23 de diciembre de 2002**, I.L. J 2646, que abordó el problema del convenio aplicable al personal que se integró en una Comunidad Autónoma como consecuencia de la transferencia de competencias sobre enseñanza. La cuestión que se planteaba era si ese personal debía percibir el premio de antigüedad que le correspondía por los servicios prestados con anterioridad a la integración, conforme al Convenio al que entonces estaban sujetos, o la retribución debía hacerse de acuerdo a lo dispuesto en el Convenio del personal laboral al servicio de la Comunidad Autónoma.

Esta cuestión ya había sido abordada y resuelta en la STS de 4 de noviembre de 2002 (recurso 8/743/2002), que consideró aplicable el convenio colectivo en el que se integró el personal sujeto a transferencia, salvo que las de origen fueran superiores, en cuyo caso se conservarían absorbiendo incrementos futuros. Sólo en esta solución podría concretarse la homologación retributiva a la que se hacía referencia en el pacto de transferencia.

4. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO

A) Acuerdos de las comisiones mixtas

La validez del acuerdo de una comisión mixta sobre sistema retributivo fue la cuestión litigiosa que se planteó en la **STS de 19 de noviembre de 2002**, I.L. J 2477, ante el abandono, voluntario, del proceso de gestación de dichos acuerdos, por parte de uno de los componentes del banco social. En este caso, el TS rechazó que las negociaciones dejaran de ser válidas por tal circunstancia al considerar suficiente la mayoría que ostentaban los restantes miembros que alcanzaban los acuerdos. Otra respuesta hubiera tenido que darse si la ausencia de las sesiones de negociación no hubiera sido voluntaria.

B) Interpretación de convenios

La **STS de 20 de diciembre de 2002**, I.L. J 2641, desestimó un recurso de casación para unificación de doctrina y confirmó la sentencia recurrida que ante la confusa redacción del precepto convencional sobre permisos y licencias —que había hecho dudar sobre la naturaleza que debía atribuirse a los días 24 y 31 de diciembre a la hora de negociar el calendario laboral— entendió que debía prevalecer, de acuerdo con lo previsto en el art. 1281 del Código Civil, la intención de los contratantes, no siendo válida por tanto la interpretación literal que pretendía la parte recurrente. Se utilizó, para fundamentar el fallo, la doctrina sentada, entre otras, en las SSTS de 27 de mayo de 1986, 1 de febrero

I. Fuentes del Derecho

de 1998, 3 de noviembre de 1992, 12 de noviembre de 1995, 4 de noviembre de 1997, 15 de diciembre de 1997, 15 y 29 de junio, 28 de octubre y 14 de diciembre de 1998 y 27 de mayo de 1999, según la cual la interpretación de los Convenios “es facultad privativa de los Tribunales de instancia cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente salvo que no sea racional ni lógico o ponga de manifiesto la notoria infracción de las normas que regulan la exégesis contractual” .

5. VALIDEZ Y EFICACIA DEL LAUDO ARBITRAL

En la STS de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 2465, se discutió la validez y eficacia de un laudo arbitral dictado por la Comisión Mixta interpretativa del convenio supuestamente en uso de la facultad que la Disposición Transitoria Sexta del Convenio colectivo le atribuía para adoptar, entre otras previsiones, los sistemas de solución de las discrepancias surgidas en su seno. En el uso de esa facultad se dotaron de un Reglamento en el que se contemplaba el arbitraje como medio de solución de las discrepancias, y se atribuía a la resolución arbitral el mismo valor que las decisiones interpretativas adoptadas con acuerdo por las partes integrantes de la comisión.

No obstante, en primera instancia se había entendido que el laudo arbitral invocado no tenía eficacia dirimente y no era vinculante, y por lo tanto sólo producía efecto entre las partes que lo otorgaban, básicamente porque las mismas, aunque formaban parte de la comisión mixta interpretativa del Convenio, no eran las partes negociadoras del mismo y no tenían la legitimación necesaria. Pero, para el TS, al negar la eficacia del laudo arbitral, se vulneró el artículo 91, párrafos primero y tercero, del Estatuto de los Trabajadores, según los cuales los convenios colectivos pueden establecer procedimientos como el arbitraje para solución de controversias derivadas de la aplicación e interpretación de dichos convenios, y “el acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrá la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos” siempre que las partes tengan legitimación suficiente.

6. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

A) Delimitación

La STSJ de Cataluña de 9 de noviembre de 2002, I.L. J 3018, rechazó la consideración como condición más beneficiosa de lo que no era otra cosa que una mera concesión graciosa. En concreto, la cuestión discutida era si la práctica empresarial de financiar el seguro del automóvil de los trabajadores, resarcándose en las nóminas, era una práctica mantenida de forma graciable o se trataba de una condición más beneficiosa. En principio la nota que permitiría diferenciar la condición más beneficiosa de la concesión graciosa estaría en la habitualidad, regularidad, persistencia y disfrute en el tiempo, siempre que esa persistencia fuera indicativa de la voluntad del empresario de reconocer el beneficio. Estas notas concurrían en el caso concreto, pero para que procediera hablar de condición más beneficiosa debía concurrir otro requisito, en concreto, que la condición fuera sus-

ceptible de compensarse, lo que no sucedía en este caso en el que en realidad la empresa no les pagaba nada, pues sólo les anticipaba ese dinero. En consecuencia ha de considerarse, a pesar de la persistencia en el tiempo, como una liberalidad.

La condición más beneficiosa ha sido desde un primer momento una fuente de obligaciones que no nace de un mandato legal ni de una norma acordada sino en virtud de un pacto individual o concesión de esta naturaleza otorgada o concedida individualmente por el empresario (STS de 15 de marzo de 1971), pero esa delimitación inicial de la figura se fue ampliando al admitirse la posibilidad de que la condición más beneficiosa se ofreciese a una pluralidad de trabajadores, siempre que naciese del ofrecimiento unilateral del empresario que, aceptado, se incorporara a los respectivos contratos. Por esta vía, la fuente que podía dar origen a una condición más beneficiosa fue alcanzando a los actos y pactos de empresa, que no tienen naturaleza de convenio, llegándose a la condición más beneficiosa colectiva.

Por esta razón, la **STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2002**, I.L. J 2547, negó que de una sucesión de convenios se pudiera originar una condición más beneficiosa, fundamentalmente porque no se daban los requisitos necesarios para su existencia, en particular que la ventaja que se concedía se hubiera incorporado al nexo contractual en virtud de un acto de voluntad constitutivo. En concreto las condiciones que se pretendía mantener en ningún momento habían sido reconocidas a título individual en contrato. Faltaría, por tanto, la voluntad empresarial, que debe ser probada, de distribuir a sus trabajadores dicha ventaja o beneficio (SSTS de 21 de noviembre de 1994 y 28 de enero de 1998).

Por razones similares la **STSJ de Baleares de 23 de octubre de 2002**, I.L. J 2913, negó que, en un supuesto de sucesión de convenios, el mantenimiento de los derechos previstos en el convenio de origen, en concreto el derecho a manutención de los trabajadores, pudiera apoyarse en una posible consideración de condición más beneficiosa.

B) Origen: los usos de empresa

Como ya se ha dicho, la condición más beneficiosa tiene su origen en el acuerdo privado de las partes individuales o en la voluntad expresa o tácita de la empresa que, bien por haber hecho manifestación al respecto, bien por actos repetidos que así lo reflejan, atribuye a los trabajadores un derecho superior al mínimo establecido por la ley, reglamentación, convenio colectivo o cualquier disposición de ámbito general. Así lo reiteró la **STSJ de Navarra de 18 de diciembre de 2002**, I.L. J 2825, a propósito de una reclamación salarial en la que se denunciaba la supuesta discriminación que provocaba la existencia de una condición más beneficiosa que no afectaba a todos los trabajadores.

Según esta sentencia, las condiciones más beneficiosas, pueden tener su origen también en los usos de empresa que, si bien doctrinal y jurisprudencialmente han sido asimilados a un convenio tácito por su origen colectivo, se concretan en una multiplicación de

I. Fuentes del Derecho

acuerdos individuales entre el empresario y los trabajadores que dan lugar a condiciones más beneficiosas con su incorporación al contrato. En efecto, “los usos de empresa, cuando se configuran como tales se insertan en el sinalagma de la relación laboral, adquiriendo las características de permanencia y estabilidad propia de la condición más beneficiosa pudiendo suprimirse sólo por pacto individual derogatorio (art. 3.5 ET) o por pacto colectivo a través de las llamadas cláusulas de absorción o compensación”. De esta forma, la condición más beneficiosa tiene vigencia y pervive mientras no sea compensada o neutralizada por una norma posterior, legal o pactada, más favorable que modifique el status laboral anterior en materia homogénea.

C) Revisión

Por su parte la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2735, confirmó el fallo de la sentencia de instancia recurrida en suplicación que había declarado no ajustada a derecho la modificación patronal consistente en la sustitución de líneas de transporte, por su importe en cuantía de transporte público, declarando la obligación de la empresa de reponer ambas líneas de transporte en los términos que estaban anteriormente. La argumentación que siguió la sentencia comentada para desestimar el recurso era que los trabajadores disfrutaban de una condición más beneficiosa que por ser habitual, regular, persistente y disfrutada durante mucho tiempo, había dado origen a un derecho a ser transportados por vehículos de la propia empresa al centro de trabajo.

La existencia de una condición más beneficiosa fue la conclusión a la que llegó la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 4 de octubre de 2002**, I.L. J 2878, para admitir la procedencia de un plus de peligrosidad, que se entendió concedido unilateralmente por el empresario, pues se había percibido sin que concurriera la circunstancia –portar armas– que trataba de compensar, y por tanto sin tener derecho, durante tiempo, con habitualidad, regularidad y persistencia, como indicativa de la voluntad del empresario de reconocer el beneficio. Por ello, una vez que la condición se había incorporado al nexo contractual debía ser respetada como derecho adquirido, en tanto subsistiera la relación laboral, y ello incluso cuando resultara afectada por una distinta regulación, emanada con posterioridad al convenio, ya que si bien éstos una vez aprobados alcanzan plena obligatoriedad, y se sobreponen a las reglamentaciones básicas, ello no implica que sea lícito, apoyándose en ellos, desconocer o lesionar situaciones anteriores consolidadas al amparo de pactos, usos y prácticas que por su atribución personal y específica hacían innecesaria una cláusula de mantenimiento dentro del texto de la nueva ordenación. En este punto se reproduce la argumentación seguida por una antigua y consolidada doctrina del TS (en concreto se citan Sentencias de 20 de abril de 1966, 10 de junio de 1964 o 20 de septiembre de 1964).

El derecho a seguir disfrutando de una condición más beneficiosa –en concreto seguir efectuando el desayuno y la comida del mediodía en el propio centro y con cargo a la empresa– constituyó el “tema decidendi” de la **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2002**, I.L. J 3079. La duda se suscitó porque en el nuevo Convenio Colectivo aplicable se eliminaba, con carácter general, el derecho de manutención gratuita. Para la sen-

tencia de instancia, la eliminación de esta condición por convenio podría encontrar su justificación en la cláusula *rebus sic stantibus*, y ello sobre la base de una variación en las circunstancias concurrentes. Sin embargo esta argumentación fue rechazada en suplicación, al considerarse que la incorporación de la condición más beneficiosa al nexo contractual impedía poder extraerla del mismo por decisión unilateral del empresario, manteniéndose, por el contrario, el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas y disfrutadas.

Por lo que se refiere a la posible eficacia de la cláusula *rebus sic stantibus*, se reconoció, siguiendo la doctrina del TS, que excepcionalmente podía fundamentar la revisión de alguna cláusula del contrato en aquellos casos en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevisibles resultase extraordinariamente oneroso para una de las partes mantener el contrato inicial (SSTS de 8 de julio de 1996 y 11 de marzo de 1998), pero se rechazó su aplicación en este caso, básicamente porque no había sido argumentada por la empresa, la cual esgrimió como única justificación, para eliminar la concesión, la supresión del derecho a la manutención en el convenio, y esta supresión no afectaba a las condiciones más beneficiosas.

7. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: RENUNCIA DE DERECHOS

La STS de 10 de diciembre de 2002, I.L. J 2600, desestimó un recurso de casación para unificación de doctrina en el que la cuestión litigiosa se había suscitado con ocasión de un expediente de extinción de contratos por causas económicas, cuando varios trabajadores optaron por aceptar un plan de prejubilación, que había suscrito la dirección de la empresa y el Comité de Empresa, ante la alternativa de extinguir su contrato con derecho a una indemnización de veinte días por año de servicio. El plan contenía dos fases: una primera que transcurría desde que se extinguiera la relación laboral hasta que pudieran optar a la jubilación, en que la empresa se comprometía a abonarles la diferencia entre la prestación por desempleo y el 85 por ciento de su salario neto al tiempo de la extinción, y una segunda que consistía en percibir una renta vitalicia desde que pasaran a la condición de jubilados, cuyo importe equivaldría a la diferencia entre la cuantía estimada que les correspondería en concepto de jubilación y el 95 por ciento de la base reguladora que les hubiera correspondido de haber cumplido 65 años de edad. En concreto, el problema se produjo, en la segunda fase del plan, cuando los actores pasaron a ser beneficiarios de la prestación de jubilación a cargo de la Seguridad Social y percibieron la cantidad estimada pero en cuantía inferior a la que les hubiera correspondido con arreglo a las bases reales de la pensión.

La solución de la cuestión planteada obligaba a determinar, por un lado, si el acuerdo de prejubilación suscrito por los trabajadores con la empresa era contrario a la prohibición de renuncia de derechos contenida en el art. 3.5 ET, y por otro, si la actuación empresarial debía entenderse contraria a la buena fe exigida por el art. 1258 del Código Civil o si se produjo una alteración de la base del negocio. Pero la sentencia no entró en el

I. Fuentes del Derecho

fondo, al desestimar el recurso de casación para unificación de doctrina, porque los motivos que se denunciaban carecían de la posibilidad de la comparación, y es que, como esta Sala ha dicho de forma reiterada en otros supuestos en los que también se ha discutido la concurrencia de mala fe, abuso de derecho o fraude de ley –por todas SSTS 20 de octubre de 1998 (recurso 3616/1997), 11 de abril de 2000 (recurso 3369/1998) o 26 de junio de 2000 (recurso 2106/1999)–, “la valoración casuística de circunstancias individualizadas y variables en cada supuesto no es materia propia de la unificación de doctrina, sobre todo cuando la apreciación de fraude se funda en una valoración de intenciones”.

M^a. ANTONIA CASTRO ARGÜELLES

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 13 a 16 (2002) de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2464 a J 3178) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

A) Presupuestos sustantivos

En esta sección se recogen dos pronunciamientos de los cuales uno se ocupa de analizar con rigor la nota de dependencia, concluyendo su inexistencia en el supuesto concreto, y otro de la ajenidad, apreciando en tal caso su concurrencia.

c) Actividad dependiente

– STSJ de Cataluña de 16 de diciembre de 2002 (recurso 6697/2002), I.L. J 2815.

1. La decisión que corresponde comentar resuelve el recurso de suplicación interpuesto por D. Enrique S.P. frente a la sentencia de instancia que estimaba la excepción de competencia de jurisdicción al entender que no existía vínculo laboral que uniera al actor con la demandada “Format, SL, Serveis Fotogràfics”. Entre los hechos probados en los que se basan ambas sentencias se hace constar en primer lugar, que el actor prestaba servicios por cuenta ajena para una entidad distinta a la demandada: “Aznar Lozano”. Posteriormente inicia una nueva actividad consistente en recoger carretes de fotografía de distintas empresas y llevarlos a la demandada. Estos servicios eran prestados a la salida de su actividad ordinaria, y para ello utilizaba una motocicleta de su propiedad. Queda probado que el actor corría con los gastos de combustible, seguros y demás, necesarios para el mantenimiento de este vehículo, sin que la demandada le abonase compensación alguna por los mismos. Asimismo queda constatado que el actor no quedaba sujeto a ningún horario y que cobraba una cantidad fija por día trabajado que él mismo descontaba de la recaudación efectuada.

2. En los fundamentos de derecho se entra a dar respuesta a los dos motivos de recurso planteados por D. Enrique S.P. De forma previa, y como *obiter dicta*, el ponente señala que el tema de la incompetencia de la jurisdicción social alegado por la sentencia de instancia para desestimar la demanda origen del proceso, es una cuestión de orden público que debe ser resuelta por el órgano judicial con plena libertad. A continuación desestima el primero de los motivos en los que se basa el recurso de suplicación, por el que se pedía la modificación de uno de los hechos probados, considerando que de la actividad probatoria sólo se puede confirmar en su integridad el relato fáctico de la sentencia impugnada. Seguidamente se entra a resolver la segunda cuestión planteada por el recurrente

II. Trabajador

en torno al alcance e interpretación que deba darse al art. 1.1 ET. El ponente realiza un impecable análisis de cada uno de los presupuestos básicos de la relación laboral, apoyando su exposición en abundante jurisprudencia, y concluyendo la ausencia de dependencia en la relación de prestación de servicios objeto de conflicto, y con ello confirmando la sentencia de instancia que declaraba la inexistencia de vínculo laboral entre las partes.

3. El fundamento de derecho tercero elaborado por el ponente de la presente resolución ha de ser valorado muy positivamente, pues en él se expone de forma sencilla y completa la definición de los caracteres fundamentales de toda relación laboral enunciados en el art. 1.1 ET. De forma destacable se detiene en los dos elementos más polémicos y definitorios de la prestación de trabajo por cuenta ajena: la ajenidad y la dependencia. En este sentido, se asume la definición clásica de ajenidad elaborada por el Profesor ALONSO OLEA, que supone que el trabajador preste sus servicios para otro a quien *ab initio* pertenecen los frutos de su trabajo. Pero como bien señala el ponente, el elemento clave en el supuesto que se plantea es el de la dependencia, definida como situación de subordinación del trabajador al empresario que tiene el poder de dirección sobre el mismo. Se trata de un elemento que con el paso del tiempo se ha ido flexibilizando, por lo que la jurisprudencia se ha tenido que servir del sistema de indicios para resolver cada caso concreto. Conforme a este método se puede afirmar con el ponente, que estando probado que era el actor quien organizaba su tiempo de trabajo, sus rutas de recogida de materiales, etc., se ha de concluir su no inclusión en el ámbito de organización y dirección del empleador, y en consecuencia su naturaleza no laboral, al estar ausente el presupuesto esencial de dependencia.

d) Actividad por cuenta ajena

– STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002 (recurso 3987/2002), I.L. J 2812.

1. El actor suscribe con la demandada un contrato para la prestación de sus servicios profesionales de odontólogo en la clínica DENTI-GIRONA. Dicha actividad ha sido simultaneada con servicios prestados asimismo para la clínica DENTI-ROSES. Por la prestación de servicios en la primera recibía una retribución, resultado de aplicar el 35 por ciento al importe de las visitas en facturas abonadas por los pacientes atendidos por el mismo, una vez deducido el importe equivalente al 5 por ciento por uso de material consumible y los gastos correspondientes a laboratorios protésicos, de conformidad con el contrato suscrito entre las partes. El cobro a los pacientes atendidos por el actor lo efectuaba la empresa demandada mediante facturas por ella emitidas y en base a la tarifa de precios por ella establecida, aunque ocasionalmente el actor podía modular o reducir el precio de la asistencia prestada a algún paciente. La demandada abona mensualmente la retribución devengada por el actor en base a las facturas que le son emitidas por éste y que confecta de conformidad con las pre-liquidaciones de los cobros efectuados a los pacientes que mensualmente elabora el personal dependiente de la demanda, aplicando la retención de IRPF correspondiente. El actor prestaba sus servicios en horario de lunes, martes y jueves de 10 a 13 horas y de 16 a 20 horas, permaneciendo en el centro aunque no tuviera visitas. El horario, no obstante, puede ser variado a petición del actor, cambiando la clínica

ca las visitas previamente concertadas. Disfruta de vacaciones anuales, atiende a los pacientes que la clínica le adjudica, ha cedido su cartera de clientes a la clínica y la atención de pacientes es organizada única y exclusivamente por la clínica. Las instalaciones, instrumentos y materiales de trabajo que el actor emplea son de titularidad de la empresa. Figura dado de alta en el RETA.

2. Ante la petición de declaración de la relación como civil y la incompetencia de jurisdicción del orden social, el TSJ de Cataluña dicta esta sentencia considerando la relación como laboral y su competencia para conocer del supuesto. En primer lugar, porque, a su juicio, cabe apreciar la ajenidad en cuanto que los clientes o pacientes lo eran de la clínica demandada, ya que si bien inicialmente lo fueron del actor, después de ceder su cartera de clientes la empresa “podía remitirlos a cualquiera otro de los odontólogos de la demandada –nunca a un tercero designado por el actor– lo cual hacía igualmente para todos los restantes en caso de que el actor faltara en los días de asistencia acostumbrada”. En segundo lugar, porque el “producto del trabajo o servicios prestados por el profesional demandante eran fijados en su cuantía y percibidos directamente por la empresa demandada”. Además, “el actor pasó a percibir una cantidad fija en concepto de responsable sanitario, función que se encuadra dentro del organigrama de la empresa”. Por otra parte, “las instalaciones, material y responsabilidad de su mantenimiento (...) eran propiedad de la empresa, habiendo quedado por ello el actor, ajeno a las eventualidades del instrumental e instalaciones”. Por último, entiende el Tribunal que “los servicios del actor se prestaron dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que interviniera en cuanto a la aceptación o rechazo de los clientes una vez concertada la cita por el personal de la demandada, y sin que pudiera prestar sus servicios en horarios diferentes a los que ésta estableciera”.

3. La sentencia acierta en la consideración como relación laboral de la controvertida en este supuesto. Ninguno de los hechos que se valoran son significativos para eludir la calificación como laboral toda vez que tanto la dependencia, ajenidad, voluntariedad y retribución quedan acreditadas con la relación fáctica efectuada. Obsérvese, no obstante, que el Tribunal selecciona en su fundamentación jurídica algunas cuestiones que pudieran resultar dudosas. Así ocurre, por ejemplo, con los clientes aportados por el trabajador a la empresa y que, desde el momento en que éste cede su cartera, la empresa distribuye entre sus odontólogos como considera conveniente, desapareciendo la vinculación directa entre el actor y sus clientes. En el trabajo por cuenta ajena la posesión de una cartera de clientes propia no prejuzga la desaparición del rasgo de la ajenidad o de la dependencia pues, precisamente, algunas profesiones (representación mercantil) se basan en este tipo de criterios y no se cuestiona por ello su naturaleza laboral. Lo mismo ocurre cuando el Tribunal destaca el hecho de que el actor percibiera una cantidad fija, lo que, por cierto, puede ser un indicio de remuneración o no. En el contexto en el que se analiza este supuesto, todos los rasgos apuntan a que precisamente dicha cantidad fija responde a una prestación de servicios laboral –actividad realizada dentro del ámbito de organización de la empresa, con los instrumentos e instalaciones propiedad de la empresa, sin posibilidad de rechazar los clientes asignados, etc.–. Por lo tanto no puede sino

valorarse de forma positiva la decisión del Tribunal por entender que todos los supuestos sustantivos que conforman la relación laboral han sido convenientemente acreditados por el demandante.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

C) Relaciones laborales de carácter especial

Tres son los supuestos objeto de comentario. Los dos primeros se refieren a la relación especial de alta dirección, cuya existencia se aprecia en un caso y se niega en el otro. El tercero resuelve el litigio planteado en el marco de una relación especial de deportista profesional.

a) Alta dirección

– STSJ de Aragón de 2 de diciembre de 2002 (recurso 458/2002), I.L. J 2726.

1. El trabajador demandado prestó servicios para la empresa demandante, “Step two, SA” desde mayo de 2000 hasta el 1 de enero de 2001, fecha en la cual cesó por baja voluntaria. Durante este tiempo, y en virtud de un contrato de alta dirección, fue director del departamento de expansión y proyectos, encargándose de la organización y planificación de la red comercial de la empresa, la captación de franquiciados y la expansión inmobiliaria. Carecía de facultades para celebrar contratos con terceros y de firma bancaria, rindiendo cuentas sobre la gestión y cumplimiento de sus funciones únicamente ante el director general de la empresa. Tenía un salario fijo de 12 millones de pesetas brutas anuales, más una retribución variable máxima de 2 millones anuales. En el contrato se pactó un preaviso de tres meses en caso de dimisión del trabajador. En diciembre de 2000 el demandado manifestó al director general de la entidad empleadora y al secretario del consejo de administración, entre otros, su deseo de abandonar su cargo en la empresa. Como consecuencia de ello, fue desposeído de su teléfono móvil y del ordenador portátil que utilizaba para el desarrollo de sus tareas, se rescindió el contrato de master franquicia en Portugal que había sido celebrado merced a la intervención de otra sociedad de la que el demandado era administrador único y se dieron instrucciones para que no se le pasara información, permaneciendo en el centro de trabajo sin realizar viajes comerciales. A resultas de esta nueva situación el trabajador decidió dar por concluida la relación laboral con la demandante, para lo cual remitió al representante de la entidad una carta en la que le comunicaba su decisión de causar baja voluntaria, con fecha de 1 de febrero de 2001. El 16 del mismo mes comenzó a prestar servicios para otra entidad como directivo. “Step two, SA” presentó demanda sobre reclamación de cantidad, que fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social.

2. El Tribunal repasa la doctrinal jurisprudencial en torno a la naturaleza de la relación especial de alta dirección, estimando que el trabajo desempeñado en el presente caso no satisface ninguno de los requisitos característicos de aquélla. De un lado, se entiende que el demandado no ha ejercitado por delegación ningún poder correspondiente a los órga-

nos de gobierno de la empresa ni a los objetivos generales de ésta; más bien, su tarea se ha limitado a un departamento concreto, el de expansión y proyectos, lo que constituye una actividad sectorial de la empresa. Y de otro, se constata que el demandado dependía del director general de la empresa, al que debía rendir cuentas, y que carecía de firma bancaria y de facultades para contratar con terceros. Por lo demás, se manifiesta que la calificación de la relación otorgada por las partes no es vinculante para los órganos judiciales que han de atender a la naturaleza real del trabajo efectivamente concertado. Todo ello lleva al Tribunal a negar validez al contrato de alta dirección descrito, estimando el carácter común de la relación laboral, lo que supone la aplicación del art. 49.1.d) ET respecto del plazo de preaviso; no habiéndose producido su infracción, carece de fundamento jurídico la pretensión indemnizatoria ejercitada por la demandada y procede, por tanto, la desestimación del recurso.

3. Acierta el Tribunal en la fundamentación y el fallo del presente caso. La cuestión central estriba en determinar si la naturaleza de la relación laboral que vinculaba a demandante y demandado es de alta dirección, como figuraba en el contrato suscrito, o común, como alegaba este último. Para ello se evoca una ya consolidada doctrina jurisprudencial que, en síntesis, caracteriza la relación de alta dirección como aquella en la que se ejercitan poderes inherentes a la titularidad de la empresa y que se refieren a sus objetivos generales, y en la que el alto directivo actúa con autonomía y plena responsabilidad. El repaso de las condiciones en las que el trabajador prestaba sus servicios lleva inevitablemente a apreciar que no existía una relación de alta dirección y que, por tanto, no era aplicable su normativa correspondiente, art. 10.1 y 2 del RD 1382/1985, que exige al trabajador un plazo de preaviso de tres meses y reconoce al empresario el derecho a una indemnización en caso de incumplimiento. Semejante rechazo nos conduce al ámbito laboral ordinario y a la regulación específica del preaviso contenida en el art. 49.1.d) ET.

– STSJ de Castilla y León de 16 de diciembre de 2002 (recurso 2620/2002), I.L. J 2858.

1. La promoción en la empresa del actor, químico de profesión, llevó a que con el paso de los años fuera nombrado Director General, con dependencia directa del Consejero Delegado de la sociedad titular, y teniendo a su cargo todas las funciones operativas del centro de trabajo de la provincia L. Le estaban atribuidos poderes solidarios o mancomunados diversos, con limitaciones para su ejercicio, y disfrutaba de un alto salario en metálico, un importante salario en especie, más incentivos, bonus y opción sobre acciones.

2. Lo que entiende la Sala, en el caso de autos, es la inexistencia de una relación especial de alta dirección, calificando la misma como relación laboral común u ordinaria, porque "(...) cuando existe como en el caso que nos ocupa un consejero delegado que es quien gestiona la empresa y define la política y actuaciones de la misma, es decir, existe un consejero delegado al que no sólo se rinden cuentas sino que es quien gestiona directamente la empresa, la autonomía se encuentra muy supeditada. A lo anterior ha de sumarse que

II. Trabajador

el actor ciertamente tenía amplios poderes pero si se observan las limitaciones que se le imponen para ejercer sus poderes, hasta el punto de que precisa para la mayoría de las actuaciones previa autorización escrita de directivos de la compañía (...) es evidente que ya no existe autonomía ni se ejercen poderes con plena responsabilidad, sino que los poderes se ejercen con subordinación. A todo lo anterior ha de sumarse que es un hecho prácticamente indiscutido que si bien el actor era el superior jerárquico en la planta de L., no lo era a nivel funcional donde las diversas secciones dependían funcionalmente de los servicios centrales operantes en Italia; (...) Así las cosas (...) nos encontramos con que no existe independencia en la gestión del actor en la planta de L. sino que su actividad se encuentra limitada y condicionada por los directores funcionales, los que evidentemente suponen una fuerte limitación ya que aunque estuviesen a su mismo nivel de manera indirecta suponían un control constante en la actuación del actor. Expuesto todo lo anterior, ciertamente estamos ante un alto ejecutivo, pero a juicio de esta Sala no concurren los requisitos para considerar al actor como personal de alta dirección (...)"

3. Como en la mayor parte de casos comparables, la delimitación final entre relación especial de alta dirección y relación ordinaria, se basa en cuestiones de hecho, de donde deriva la importancia de alegar y probar cuidadosamente todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto. En este caso particular, los hechos probados obligan a compartir la ortodoxa doctrina de la Sala, sin necesidad de mayores comentarios. Sí llaman, en cambio, la atención en esta sentencias, dos aspectos laterales a nuestros efectos, a saber. En primer lugar, resuelve la Sala que no es cuestión nueva la alegación en el acto de juicio de la condición de alto directivo del actor, no hecha valer con anterioridad, ni siquiera en la carta de despido, al tratarse de una cuestión jurídica y no de hecho, y venir fundada la carta de despido en causas objetivas, comunes para directivos y no directivos. En segundo lugar, fundamenta la Sala implícitamente que los organigramas empresariales de "doble dependencia" favorecen el despido objetivo de alguna de las personas de la cadena, en cuanto que el despido persiga eliminar tal doble dependencia para establecer (...) "una dependencia tanto funcional como jerárquica de los directores centrales, con lo que la figura del actor queda sin contenido (...) la amortización del puesto de trabajo del actor así aparece como una medida razonable que podrá triunfar o no pero que busca de una manera racional el superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa (...)"

d) Deportistas profesionales

– STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 2002 (recurso 256/2002), I.L. J 2827.

1. El interés que reviste esta sentencia se encuentra en la base fáctica de la que parte. Se trata de resolver el recurso de suplicación presentado por el jugador profesional de balonmano D. Vladimir R.H., frente a la resolución de instancia que desestimaba su demanda por la que solicitaba la nulidad de su despido por afectar al principio de igualdad y no discriminación por razón de la nacionalidad. El recurrente, de origen cubano y provisto de permiso de trabajo y de residencia, firmó un contrato como deportista profesional con la Sociedad Deportiva Cultural San Antonio de Pamplona. A continuación, dicha Sociedad

Deportiva registró debidamente el mencionado contrato en el INEM y procedió a inscribir la afiliación y el alta del trabajador en la Seguridad Social. De igual modo, remitió dicho documento a los organismos federativos competentes, así como a la Asociación de Clubes de España de Balonmano (Asobal), a la que también envió una comunicación por la que se le solicitaba la tramitación de la ficha del jugador en los términos exigidos por la legalidad española, a fin de que pudiera incorporarse al equipo en igualdad de condiciones que el resto de jugadores españoles y/o comunitarios. A su vez, la Asobal instó el informe favorable a la tramitación de la petición efectuada por el club, informe que fue denegado en base a la no pertenencia de Cuba a la Unión Europea, ni ser uno de los países que tiene suscrito el acuerdo sobre el espacio económico europeo. En consecuencia, la Asobal no pudo tramitar la ficha del jugador como comunitario, y por este mismo motivo la Sociedad Deportiva empleadora se vio obligada a despedir al jugador, al ser imposible que pudiera jugar en el equipo ni como jugador comunitario, ni como extranjero por estar cubierto el cupo en el mismo. Ante estos hechos se pronuncia la sentencia objeto de comentario.

2. El Tribunal Superior de Justicia, a través de su ponente, desestima el recurso de suplicación al considerarse incompetente para resolver este supuesto. Se entiende que la materia que se discute no es tanto un despido como el otorgamiento de una licencia federativa, que efectivamente incide de forma directa en la prestación de trabajo al ser un título habilitante para participar en las competiciones oficiales de ámbito estatal (art. 32.4 Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte), pero que al fin forma parte de la denominada “Administración Corporativa”, sometida al derecho administrativo y con ello, ajena a la jurisdicción social.

3. El Tribunal ha perdido una espléndida oportunidad para pronunciarse sobre un tema tan controvertido como el de los derechos laborales de los jugadores extranjeros no comunitarios. Desde la comentada y polémica STJCE de 15 de diciembre de 1995 que resolvía el famoso “caso Bosman”, los órganos judiciales del orden social se han visto sacudidos por numerosas demandas de jugadores de distintas nacionalidades a los que se ha aplicado idéntica doctrina a la allí sostenida (por ejemplo, Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander de 14 de octubre de 1996, caso “Ake Olsson”). Incluso se ha llegado a aplicar a jugadores no comunitarios, los denominados “comunitarios B”, en su calidad de ciudadanos de un estado candidato al ingreso de la Unión Europea (los casos “Karpin”, “Paratchenko”, etc., que aplicaron la jurisprudencia mantenida por el TJCE en el caso “Kolpak”, en defensa del principio comunitario de libre circulación). El panorama se ha complicado aún más para los clubes con la promulgación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que prohíbe el trato discriminatorio en el ámbito laboral por razones de nacionalidad de los trabajadores extranjeros establecidos en España de forma regular.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

C) Administradores sociales

Se aborda en este punto la existencia, al menos en apariencia, de una relación doble de diversa naturaleza entre una empresa y su administrador único.

– STSJ de Baleares de 15 de octubre de 2002 (recurso 400/2002), I.L. J 2909.

1. Mediante la presente sentencia se resuelve el recurso de suplicación presentado por D. Gabino frente al fallo de instancia que desestimaba por un lado, la excepción de incompetencia de jurisdicción interpuesta por la empresa demandada, y por otro, la propia demanda formulada por el recurrente en materia de despido disciplinario, entendiendo que el mismo es procedente. De la declaración de los hechos probados se deriva la confusión que impregna este supuesto. Así, se extrae que D. Gabino era socio fundador de la entidad demandada “Unitral, SL”, participando en un 18 por ciento de su capital social. Además, ostentaba el cargo de administrador único, con amplísimas facultades de gestión, dirección y gobierno de la sociedad, contratación y representación. Por otro lado, la sentencia de instancia considera como hecho probado que el actor venía prestando servicios de alta dirección para la empresa, consistentes en llevar todo el tema administrativo, contable y fiscal de la sociedad, y a cambio de los cuales percibía una remuneración fija. De igual manera, consta su encuadramiento en el RGSS. Como consecuencia de determinados actos llevados a cabo por el actor, la empresa le notifica carta de despido por causas disciplinarias. En este punto se inician las actuaciones procesales que llegan hasta el Tribunal Superior de Justicia.

2. Amparándose en la posibilidad abierta por el art. 9.6 LOPJ de pronunciarse por propia iniciativa sobre la competencia del orden jurisdiccional social para resolver este conflicto, el ponente aborda la cuestión a través del análisis de la naturaleza de la relación mantenida entre el recurrente y la empresa demandada. Así, desestima el recurso, afirmando la ausencia de competencia del orden social al no existir relación laboral alguna. El argumento determinante que sustenta esta decisión es que la relación que vincula al administrador único con la sociedad de capital es de naturaleza mercantil o societaria (SSTS de 27 de enero de 1992, 22 de diciembre de 1994, 4 de junio de 1996, 16 de junio de 1998, etc.) Además, se destaca que el dato del encuadramiento en el RGSS del actor no desvirtúa esta calificación, pues es la que efectivamente le corresponde como administrador sin control efectivo, directo o indirecto sobre la sociedad. No obstante, al final del fundamento jurídico segundo, se reconoce que el actor llevaba a cabo tareas que iban más allá de los estrictos cometidos y responsabilidades propias de un administrador social.

3. El problema principal que se plantea en estos supuestos es el de deslindar las funciones que forman parte de las facultades de gestión y dirección imputadas al administrador único de la sociedad, de otras diversas y susceptibles de ser objeto de una relación de naturaleza diferente. En esta ocasión, el ponente ha valorado como dominante la relación societaria, efectivamente excluida del ámbito laboral pese a quedar amparada en determinadas circunstancias por la protección del RGSS en régimen de asimilación, es decir, sin

prestación por desempleo, ni FOGASA. No obstante, se ha de tener en cuenta la posibilidad de que concurren dos relaciones paralelas que conserven sustantividad propia. Así ocurre, bajo mi punto de vista, en este caso. Indicios que conducen a esta conclusión compartida con el juzgador de instancia son: la existencia de un contrato de alta dirección por el que el recurrente se comprometía a llevar a cabo determinadas actividades que, la propia sentencia comentada lo reconoce, quedan fuera de las funciones inherentes al cargo de administrador; la percepción de una retribución por D. Gabino, que se corresponde con el ejercicio de aquellas funciones, no con el desenvolvimiento de su cargo societario, cuya retribución o gratuidad no se derivan del relato fáctico; la propia carta de despido basado en causas disciplinarias, por la que la empresa reconoce la existencia de una relación laboral, eso sí de carácter especial y basada en la confianza; finalmente, y pese a que se trata de un supuesto límite en el que la dependencia queda muy diluida, se ha de valorar su concurrencia, dada la distribución del capital social y el poder del resto de los miembros de la Junta para decidir el futuro del recurrente una vez rota su relación de confianza.

F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo

Recogemos en este apartado nuevos supuestos de delimitación del contrato mercantil de agencia, con cita de una jurisprudencia ya consolidada.

– STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 2837.

1. Se pactó el 1 de octubre de 1972, entre la demandada y el actor la representación exclusiva de las dos líneas tesa y esparadrapos en la provincia de Santa Cruz de Tenerife, con una comisión del 5 por ciento sobre todos los pedidos, directos e indirectos. En 9 de julio de 1974 las mismas partes suscriben documento de prórroga del anterior, fijándose la comisión del 5 o del 10 por ciento en función del lugar de entrega de los pedidos y del destino de la desgravación fiscal. El 13 de junio de 1985 se suscribe nuevo contrato en el que se establece que la comisión que se percibirá será del 7 por ciento del importe bruto de los pedidos, excluidos los impuestos de tipo ITE, IVA, etc., y esta comisión la percibirá tanto de las ventas directas como indirectas, deduciéndose de dicho porcentaje las retenciones a que legalmente haya lugar.

2. Para decidir qué se entiende por comisiones indirectas, a la vista del art. 8 del RD 1438/1985, de 1 de agosto, se expresa que al referirse la cuestión a un representante de comercio las ventas directas serán las realizadas directamente por el trabajador y las indirectas serán aquellas en las que haya intervenido de forma indirecta en las mismas, porque se estima que venta indirecta es la realizada por el representante de comercio en la zona contratada de forma indirecta, es decir, operaciones llevadas a cabo y verificadas con la intervención parcial o con la colaboración del trabajador, pero no pueden hacer referencia a aquellas que se hayan hecho sin intervención ni participación del actor. En cuanto a la denuncia de incongruencia de la recurrente, se dice que no hay tal porque si en la demanda se formula pretensión de declaración de existencia de exclusividad y conde-

II. Trabajador

na a abstención de comerciar en cierta provincia, así como la entrega de listados de facturación de la empresa en la misma provincia, al no reconocerse en la sentencia la exclusividad, se deduce la no existencia de condena a la entrega de listados solicitados, por lo que la falta de decisión expresa sobre ello, no constituye incongruencia.

3. Concepto de comisiones indirectas no tiene sentido o significación unívoco, dependiendo de lo que las partes hayan pactado. Pero si se estima forzosamente que requiere que el actor haya intervenido de forma indirecta en las ventas, con su intervención parcial o con la colaboración del trabajador, se pueden entender dos cosas: Una que esa intervención se da aunque no sea en el momento de la operación mercantil, si el trabajador ha colaborado anteriormente con el cliente, atendiéndole, enseñándole muestrarios, teniendo conversaciones o negociaciones o cualquier tipo de relación jurídica. Otra que en caso contrario se puede defraudar la actuación confiada del trabajador que gestiona y colabora hasta que en un cierto día el cliente se decide y para acelerar la cuestión se dirige directamente al empresario. En general, para atender los intereses del trabajador se suele estimar que ventas indirectas son las que tengan lugar en el ámbito geográfico que se dice, como es la cláusula que se pacta el 1 de octubre de 1972, es decir, las operaciones que se lleven a cabo en la provincia, porque se presume que en ellas ha intervenido el trabajador, aunque no las haya rematado.

– STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de noviembre de 2002, I.L. J 2688.

1. El demandante suscribió un contrato de comisión de la sociedad demandada en calidad de vendedor, estableciendo que la venta sería por mediación propia, asumiendo el riesgo y ventura de las operaciones realizadas, respondiendo del buen fin de las mismas, siendo a su cargo el abono de impuestos, gastos, etc., incluida la cuota de autónomo, sin que tuviera necesidad de acudir a las oficinas de la empresa, salvo para recoger mercancías o enterarse de la maquinaria existente y condiciones de venta, información que a veces solicitaba por teléfono, recibiendo un sueldo fijo y una comisión sobre las ventas.

2. Estima el TSJ que se trata de un supuesto de contrato de comisión mercantil, dado que es criterio del TS que las notas diferenciadoras de este contrato con el de trabajo vienen dadas por la asunción del riesgo y ventura de las operaciones realizadas y de otro por la independencia en la realización de la actividad encomendada. Se trata de un contrato mercantil porque en la ejecución de lo convenido las partes se han acomodado a lo que en tal documento se había acordado, sin que sea de aplicación el art. 2.1.f) ET.

3. Se debe estimar que si bien algún tiempo atrás se estimó que no eran incompatibles las relaciones laboral y mercantil, al modo como lo dijo la STS de 22 de diciembre de 1988, de modo que estimó que junto a una de carácter laboral, relativa al trabajo de dirección técnica y supervisión de la obra, había entre las mismas partes otra de comisión mercantil, por la cual el demandante de forma directa en nombre propio o a través de la empresa TECPASA ha realizado determinados negocios jurídicos por cuenta de la demandada, si bien esta dualidad de relaciones condujo a declarar la incompetencia del orden social para conocer de la reconversión deducida por la empresa. Ahora bien en jurisprudencia más reciente se ha aportado el efecto de la Ley 12/1992, y así en la STS de 2 de julio de 1996,

se viene a afirmar que por el contrato de agencia ha de entenderse actualmente, teniendo presente lo que, transponiendo a nuestro ordenamiento interno la Directiva 86/653 CEE, de 18 diciembre 1986, determina en términos imperativos esta última Ley, de modo que la nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral especial, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia, la que ha de presumirse excluida, cuando aquel que por cuenta de una o varias empresas se dedica a promover o a promover y concluir, actos u operaciones de comercio, despliega dicha actividad en términos de independencia, circunstancia esta que ha de entenderse concurrente en aquellos supuestos en que, al asumir dichas funciones, queda facultado para organizar su actividad profesional y el tiempo que fuera a dedicar a la misma, conforme a sus propios criterios, sin quedar sometido, por tanto, en el desenvolvimiento de su relación, a los que pudiera impartir en tal aspecto la empresa por cuya cuenta actuare.

Pues bien en el presente caso no consta que faltara la dependencia, antes bien el demandante tenía que ir a las oficinas de la empresa para recoger mercancía, enterarse de la maquinaria existente y condiciones de venta, condiciones que se le imponían. No consta ningún supuesto en que el demandante haya hecho efectivo un cargo de algún cliente, ni que haya respondido del mal fin de una operación. No se acredita que haya asumido riesgos empresariales. Por ello debería haberse estimado que el contrato era de trabajo y la competencia del orden social de la jurisdicción.

– STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002 (recurso 4964/2002), I.L. J 2813.

1. Los demandantes desempeñaban las funciones de responsables de sucursal en virtud de contrato mercantil de arrendamiento de servicios. Su función consistía en la selección de agentes de seguros o asesores para su contratación por la demandada, así como encargarse de su formación teórica y práctica y de la dirección y control de los asesores encuadrados en su sucursal. Realizaban sus funciones en las oficinas facilitadas por la demandada, la cual asumía el coste de mantenimiento de la misma, así como del personal administrativo necesario, que estaba sujeto a horario y disponía de llave para la apertura de la sucursal. Los demandantes disponían de plena libertad horaria y para la organización de su actividad, poniéndose de acuerdo con los directores de otras sucursales para la organización de sus descansos. La retribución se componía de una retribución fija y una cantidad adicional por comisiones consistente en un porcentaje sobre las ventas de los asesores y las comisiones por producción propia. Los actores respondían de la participación en pérdidas por financiación de asesores, así como por sobrecomisiones adelantadas y anticipos a cuenta. La empresa rescinde el contrato de agente de seguros (asesor mercantil) y prestación de servicios (gerente de sucursal).

2. La calificación como civil y no laboral de esta relación y la reivindicación de la competencia de la jurisdicción civil para la defensa de los derechos de estos agentes motiva la Sentencia objeto de comentario. La tesis a favor de la relación laboral tendría como

II. Trabajador

referencia el hecho de que la demandada “asegurase” una percepción mínima en sus retribuciones, no condicionada al volumen de la producción de seguros. Pero, a juicio del Tribunal Superior de Justicia, esta tesis es manifiestamente incompatible con la STS de 23 de marzo de 1995, reiterada con posterioridad por este Tribunal Superior de Justicia de 7 de noviembre de 2000. Ambas sentencias consideran que “predomina en la actividad de los demandantes el objeto propio de la mediación mercantil en la producción de seguros; pues aunque el demandante controla, supervisa y forma por cuenta de la aseguradora, tal cometido tiene carácter accesorio, porque la actividad principal es la de producir un volumen satisfactorio de negocios nuevos anuales; resolviéndose en definitiva que la jurisdicción corresponde al orden civil”.

3. El contrato de agencia de seguros ha sido configurado legal y jurisprudencialmente como una relación estrictamente mercantil cuyo objeto es la mediación, promoción y asesoramiento preparatorio de la formalización de contratos de seguros entre los asegurados y tomadores del seguro, de una parte, y las entidades aseguradoras, de otra. Se ha considerado, además, que las funciones de “reclutamiento, entrenamiento, supervisión y motivación de agentes tienen claramente un carácter accesorio e instrumental para el desarrollo de la actividad principal” por lo que se trata, asimismo, de una relación mercantil (STSJ de Cataluña de 7 de noviembre 2000, recurso 4852/2000). Se entiende, por ende, que la actividad de supervisión, reclutamiento y formación no es independiente de la producción de seguros, sino una actuación colectiva dirigida y preparada para la contratación de los mismos. Con ser ésta una tesis que probablemente deba prosperar porque es la que, en su día, mantuvo el Tribunal Supremo, cabría calificar la misma como excesivamente simplista: en tanto los agentes de seguros se basan en una relación de naturaleza mercantil, aquellos que se dedican a su reclutamiento y preparación también participan de la misma naturaleza. Pero puede haber situaciones, como la que contempla la sentencia que se comenta, en las que la actividad de selección y formación de estos agentes se desarrolle con los rasgos propios de la relación laboral, esto es, dependencia, ajenidad, voluntariedad y remuneración. Así ocurre, por ejemplo, en el supuesto que nos ocupa en el que la actividad de selección nada tiene que ver con la actividad de mediación mercantil. Los trabajadores dependían de la empresa –seguían sus criterios, acudían a sus foros, a sus congresos, atendían sus instrucciones, utilizaban los medios puestos a disposición por la empresa, etc.–; desarrollaban una actividad remunerada –aunque dicha remuneración se basara en una parte fija y en una cantidad adicional por comisiones–; por supuesto, realizaban una actividad voluntaria; y únicamente existiría la duda sobre la ajenidad toda vez que se entiende como hecho probado que los actores “respondían de la participación en pérdidas por financiación de asesores, así como por sobrecomisiones adelantadas y anticipos a cuenta”. Salvo este supuesto, el resto son incuestionables. Y sorprende, pese a ello, que la sentencia no entre a valorar cada uno de estos presupuestos caracterizadores acudiendo de forma fácil a la extensión generalizada que el Tribunal Supremo realiza de los agentes de seguro a los preparadores y seleccionadores de los mismos en la calificación como mercantil y no laboral de su relación.

4. ZONAS GRISES

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

Especialmente controvertida sigue resultando la contratación en el ámbito de las Administraciones Públicas. Se comentan tres sentencias: una relativa al personal sanitario; otra en torno a la delimitación jurisdiccional de competencia en materia de procedimiento de selección del personal que presta servicios para dicha Administración; y una última sobre los efectos temporales de la asimilación retributiva de los profesores de religión católica en los centros estatales de enseñanza primaria.

– STSJ de Asturias de 25 de marzo de 2002 (recurso 2715/2001), I.L. J 2873.

1. Se declara probado que la actora suscribió con el Insalud nombramiento estatutario de carácter eventual como refuerzo para la realización de atención continuada en Atención Primaria. En virtud del mismo, la actora realiza durante fines de semana y festivos, y en jornada de veinticuatro horas, resultando una jornada anual de 2.500 horas. El nombramiento es de carácter indefinido de tal manera que en, por un lado, los períodos de semana en que no presta servicios efectivos no puede acceder a la prestación de desempleo, y, por otro, el INSALUD solamente cotiza los días en que efectivamente presta sus servicios, con grave perjuicio para sus intereses pues supone en un año menos de la mitad de lo que cotiza por un trabajador equivalente de plantilla con nombramiento indefinido. La sentencia del juez de lo social estima la demanda presentada por la trabajadora afectada; frente a ella se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada.

2. Dejando a un lado cuestiones ajenas al fondo del asunto que aquí no interesan, el Tribunal considera decisiva en la situación juzgada la vigencia permanente de un único vínculo contractual, que no sufre ningún tipo de intermitencias, sino que se mantiene ininterrumpidamente con carácter indefinido, sin perjuicio de que la jornada del trabajador se concentre en determinados días de la semana; en tal sentido se observa adicionalmente que la jornada de esta trabajadora tiene una duración igual o incluso superior al límite legalmente establecido. Así las cosas, el órgano jurisdiccional concluye que mientras el contrato de trabajo mantiene su vigencia, el empresario tiene la obligación de mantener en alta al trabajador, ya se trate de una relación indefinida o sometida a plazo o condición resolutorios y con total independencia de cuales sean los términos en que se haya pactado la jornada. En definitiva, se rechaza el recurso interpuesto.

3. Aunque la sentencia no precisa algunos antecedentes de hecho importantes para conocer con exactitud la cuestión planteada, sí parece razonable la solución alcanzada que persigue la salvaguarda de los intereses de una trabajadora que sufre un grave perjuicio como consecuencia de la jornada de trabajo pactada con el empresario. Dadas las limitaciones existentes a la hora de cotizar a la Seguridad Social, una aplicación estricta de la normativa sobre la materia conduce a la situación descrita en el presente caso donde, trabajando la actora el mismo número de horas que un empleado equivalente, sufre una

II. Trabajador

clarísima reducción de las cuotas abonadas por la empleadora en concepto de cotización al sistema de la Seguridad Social. Por ello, es razonable compartir el criterio que da relevancia fundamental al hecho de que la relación contractual no se interrumpe en ningún momento; de este modo, es lógico que la obligación de cotizar haya de mantenerse de la misma forma que ocurre con las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo, entre otras (véase el art. 13 del RD 2064/1995, por el que se aprueba el Reglamento General de cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social: téngase en cuenta que en el supuesto comentado ni siquiera llega a producirse la suspensión de la relación contractual).

– STS de 10 de diciembre de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1492/2002), I.L. J 2604.

1. La cuestión que se debate en la presente sentencia del Tribunal Supremo tiene que ver con los efectos temporales de la asimilación retributiva de los profesores de religión católica en los centros estatales de enseñanza primaria. Ello llega al Tribunal después de que la sentencia que ahora se recurre haya concedido las diferencias salariales reclamadas por este concepto en los años 1994 a 1998 por entender plenamente aplicable la asimilación retributiva gradual aprobada por el Convenio suscrito el 20 de mayo de 1993 entre el Gobierno español y la Comisión Episcopal (publicado por Orden de 9 de septiembre de 1993), sin que tenga efectos derogatorios retroactivos lo previsto en el artículo 93 de la Ley 50/1998, que dio nueva redacción a la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Ordenación General del Sistema Educativo, ni el Convenio de 26 de febrero de 1999, también suscrito por el Gobierno y la Comisión Episcopal y publicado por Orden de 9 de abril de 1999, sobre el régimen económico de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de educación primaria.

2. Dos son las cuestiones fundamentales que examina el Tribunal en orden a la resolución del problema jurídico que se plantea en este caso. La primera es la relativa al grado de vinculación jurídica de la equiparación acordada en 1993, y la segunda versa sobre el alcance temporal de las nuevas reglas sobre la equiparación que se producen en 1998-1999.

Respecto a la primera, esto es, respecto a la eficacia de las prescripciones contenidas en el convenio de 1993, el Tribunal advierte que se trata de un instrumento idóneo para que la Administración asuma las obligaciones que de él se derivan, teniendo una eficacia directa y un carácter incondicionado. Esta virtualidad que el Tribunal le reconoce deriva del artículo VII del Acuerdo de 3 de enero de 1979, un tratado internacional celebrado con la autorización de las Cortes Generales e incorporado al ordenamiento interno con fuerza vinculante equiparable a la ley, o incluso reforzada, a juicio del Tribunal.

La segunda cuestión que aquí se plantea hace referencia a la posibilidad de que la equiparación acordada por la Ley 50/1998 y el convenio de 1999 tenga efectos retroactivos, y como consecuencia de ello, sólo comenzaría a aplicarse progresivamente en cuatro ejercicios presupuestarios desde 1999 dejando sin efecto la equiparación acordada en 1993, salvo que hubiera habido un reconocimiento por sentencia o por acto administrativo. El Tribunal no acepta esta interpretación porque entiende que la DA Segunda de la Ley

50/1998 entró en vigor el 1 de enero de 1999, sin que tuviera previstos efectos retroactivos que, además, deben en principio excluirse como establece el art. 2.3 del Código Civil. El Tribunal entiende que el convenio de 1993 establecía las retribuciones a que tenían derecho los profesores en virtud de sus servicios y el obligado al pago, de conformidad con lo convenido, tenía el deber de realizar las correspondientes consignaciones presupuestarias para poder hacer efectivas las retribuciones acordadas. En consecuencia, la nueva regla contenida en el convenio de 1999 sólo se puede hacer valer como una regla destinada a los profesores de religión no afectados por el convenio de 1993, esto es, a los contratados a partir de la entrada en vigor de la Ley 50/1998 o a los períodos de prestación de servicios posteriores al 1 de enero de 1998. Pero no es aplicable a los períodos de prestación de servicios que ya se han completado desde 1994 a 1998. Los profesores contratados que han prestado sus servicios durante estos períodos ya han devengado los derechos retributivos en virtud de lo que establecía el Convenio de 1993 a pesar de que la Administración hubiera incumplido lo acordado y no les hubiera permitido hacer efectivos sus derechos. Ahora, la nueva regulación en materia retributiva para este colectivo que se establece en el convenio de 1999 no se aplicará con efectos retroactivos. La norma no tiene previsión expresa de retroactividad y no puede ser interpretada de otra forma porque ello tendría un efecto expropiatorio contrario a los artículos 9.3 y 33.2 de la Constitución Española.

3. De nuevo aparece en estas páginas de jurisprudencia una sentencia relativa a los profesores de religión haciendo notable la abundancia de supuestos problemáticos a que ha dado lugar la contratación de estos profesores por la Administración para impartir clases de religión y moral católica en los centros docentes públicos (a las sentencias comentadas en los anteriores números nos remitimos). Este pronunciamiento del Tribunal Supremo se adentra en el capítulo retributivo del colectivo, si bien puede decirse que el Tribunal en la sentencia reflexiona sobre cuestiones más generales tales como el grado de vinculación jurídica que despliegan las normas reguladoras de la materia y los posibles efectos retroactivos de alguna normativa en concreto. Los argumentos y el razonamiento jurídico contenidos en la sentencia, confieren a la misma cierta importancia y justifican su selección para esta nueva entrega de comentarios jurisprudenciales en torno a las zonas grises en la determinación del concepto de trabajador. Este personal contratado por la Administración Pública tiene las condiciones económicas de sus contratos reguladas en un Convenio entre el Estado y la Santa Sede sobre el régimen económico laboral de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en los centros públicos de Educación Infantil, Primaria y Secundaria, publicado por la OM de 9 de abril de 1999.

En virtud de lo convenido en 1999, se mantiene la equiparación retributiva de estos profesores con los profesores interinos, según se había establecido ya en su momento para los profesores de enseñanzas medias y se había extendido en 1993 a los profesores de religión en preescolar y primaria. Efectivamente, el anterior convenio de 1993, ahora sustituido por el de 1999, determinaba la equiparación retributiva de los profesores de religión de enseñanzas medias con los profesores funcionarios interinos, estableciendo

II. Trabajador

que el importe económico por cada hora de religión tendría el mismo valor que la retribución real por hora de clase de cualquier materia impartida por un profesor interino del mismo nivel.

La sentencia recurrida en casación, que es el origen de la presente, reconoce las diferencias retributivas a que tienen derecho los profesores que las reclaman en virtud de esta asimilación retributiva gradual aprobada en 1993. En ausencia de disposición expresa, es claro que la retroactividad de una ley no puede darse por supuesta y que la Ley 50/1998 no tenía establecidos efectos retroactivos. La nueva redacción de la DA Segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, LOGSE, establece que los profesores que impartan enseñanzas de religión en los centros públicos, percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos, debiendo alcanzarse la equiparación retributiva en cuatro ejercicios presupuestarios a partir de 1999. No obstante, los salarios devengados con anterioridad a la entrada en vigor de lo acordado en 1999 se deben ajustar al convenio de 1993. Ni el Acuerdo de 1979, que dio origen a la contratación de profesores de religión, ni la Ley 50/1998 autorizarían el establecimiento de un efecto retroactivo del convenio de 1999. A mayor abundamiento, según el propio Tribunal recuerda, la equiparación de estos profesores en los términos previstos en el convenio de 20 de mayo de 1993, ya se ha aplicado por la Sala Cuarta del Tribunal en sus sentencias de 12 de abril y 8 de julio de 2002.

– STSJ de Murcia de 10 de diciembre de 2002 (recurso 1216/2002), I.L. J 2581.

1. El Ayuntamiento de Cieza presentó en su día oferta de empleo en solicitud de 12 capacitaciones agrícolas y en virtud de la misma, la oficina de empleo remitió una relación de 18 posibles candidatos entre los que se encontraba el ahora demandante y el codemandado, valorados respectivamente con ocho y seis puntos. Como quiera que ulteriormente el Ayuntamiento contrató como encargado capataz a este último, el actor en la presente litis reclama su mejor derecho a ser contratado como capataz. En la instancia el juez estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción y, sin entrar a resolver en el fondo de asunto, declaró la absolución en la instancia de los dos demandados. El actor interpuso recurso de suplicación por entender que la competente para decidir es la jurisdicción social. La sentencia que ahora comentamos es la dictada en resolución de este recurso de suplicación.

2. La Sala de lo Social del TSJ de Murcia entiende que el orden jurisdiccional competente para conocer de la presente controversia es el contencioso-administrativo y se apoya en la doctrina del Tribunal Supremo que en sentencias recientes, unificando criterios divergentes, ha declarado que la competencia para conocer de la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas en materia de selección de personal corresponde al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción aunque se trate de contratación laboral.

Las razones que avalan tal decisión se encuentran en el hecho de que la Administración no actúa en estos casos como un empresario dentro del marco de una relación de trabajo existente aplicando normas de indiscutible carácter laboral frente a una persona que tiene ya la condición de trabajador, sino como autoridad pública que ejerce una potestad administrativa en orden a la selección de personal. Es ésta, a juicio del Tribunal, una actua-

ción previa al nacimiento del vínculo laboral y en ella predomina su carácter público. Ciertamente la Administración está obligada a seguir lo dispuesto en los arts. 18 y 19 de la Ley 30/1984 y el RD 364/1995 que regulan la selección de personal laboral tanto fijo, como no permanente.

3. Es abundante la jurisprudencia dictada en torno a la cuestión de la delimitación jurisdiccional de competencia en materia de procedimiento de selección del personal que presta servicios para la Administración Pública. La presente es una muestra más de la conflictividad que tal cuestión suscita y que ha recibido una respuesta en unificación de doctrina por las SSTs de 4 de octubre de 2000 y de 5 de julio de 2001.

Aunque estamos ante una contratación laboral, como se trata de una contratación externa o de nuevo ingreso y no de una promoción interna donde la Administración actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando la norma laboral, está actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas. Es ésta una actuación previa al surgimiento del vínculo laboral en la que la Administración aplica la normativa general que regula la selección del personal que presta servicios para ella y que se endebera a dar plena satisfacción a la obligación de respetar en el acceso al empleo público las exigencias derivadas de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así pues, la regulación efectuada por el derecho administrativo resulta prevalente en tanto que satisface un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa.

En segundo lugar debe resaltarse una cuestión que aparece mencionada también en esta sentencia que ahora comentamos y es la relativa a la posibilidad de existencia de derechos adquiridos de aquellas personas que ocupen un lugar en las listas de candidatos para una contratación laboral efectuada por una Administración. Sobre el particular ya se ha hecho referencia en comentarios a sentencias publicados en números anteriores de esta revista (por ejemplo, en el núm. 14 de *Justicia Laboral*, pág. 89, comentario a la STS de 20 de septiembre de 2002). Parece clara la cuestión de que en estos supuestos conflictivos no se cuestionan verdaderamente derechos adquiridos a los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente meras expectativas de derechos a los mismos. Así pues, la incompetencia de jurisdicción resulta clara porque no se puede fundar la existencia de un precontrato en la mera expectativa de derecho que tiene una persona incluida en una lista. Si existiera un precontrato, entonces el conocimiento del mismo sí quedaría comprendido dentro del ámbito del Orden Social de la jurisdicción.

En tercer y último lugar, también debe hacerse alguna referencia a otra cuestión que aparece incidentalmente mencionada no sólo en esta sentencia, sino también en otras de las que últimamente han resuelto asuntos parecidos al que en el momento presente nos ocupa. Se trata de la irrelevancia que, a efectos de atribuir la competencia al orden jurisdiccional social, se le otorga a los posibles acuerdos con las organizaciones sindicales en orden a regular los mecanismos de provisión de candidatos a la celebración de contratos temporales con las AAPP. Me refiero, claro está a las llamadas “bolsas de tra-

II. Trabajador

bajo” o “listas” que a menudo se encuentran reguladas en su funcionamiento por determinados acuerdos entre la Administración contratante y las organizaciones sindicales. Podría argumentarse que habiendo un acuerdo provincial con los sindicatos representativos en el que se establece el funcionamiento de una de estas listas, estaríamos ante una actuación que entra en el ámbito de lo laboral y en consecuencia debe reconocerse la competencia del orden social. Pero ello no se reconoce en modo alguno por el Tribunal y, ni en el presente caso, ni en supuestos anteriores lo ha reconocido el Tribunal Supremo. Antes bien, se cuestiona la naturaleza de esta suerte de acuerdos que extienden su ámbito de aplicación no sólo al personal contratado laboral sino también a los nombramientos temporales de personal estatutario. Se apunta la posible nulidad de los mismos en coherencia con la doctrina jurisprudencial que declara nulos estos acuerdos “mixtos”. Pero, en cualquier caso, la naturaleza del acuerdo no altera el carácter administrativo de la materia regulada que lo que persigue es el establecimiento de un procedimiento que haga compatible con el respeto a los principios de mérito y capacidad la necesidad de reclutar personal temporal con cierta agilidad y eficacia cuando ello sea imprescindible por razones del servicio.

– STSJ de Aragón de 2 de diciembre de 2002 (recurso 1204/2002), I.L. J 2848.

1. En el presente caso, según consta en el relato de los hechos probados, se presentó demanda de oficio contra la Diputación General de Aragón y tres personas más, sobre declarativo de derecho (relación laboral) y el Juzgado de lo Social, estimando la demanda, declara la existencia de una relación laboral por cuenta ajena durante el período al que se refería el acta de la Inspección; en consecuencia, condena a los demandados a estar y pasar por la presente declaración. Frente a dicha sentencia se interpone recurso de duplicación por parte la Diputación General de Aragón.

2. La Sala del TSJ de Aragón examina los términos de la relación entre la Diputación y dos de los codemandados. Ésta se concibe desde el inicio como una relación administrativa, siendo su objeto las funciones de dirección técnica de los espectáculos que se celebraron durante los meses de julio y agosto de 2001 en distintos municipios aragoneses en el marco de unos denominados festivales de Aragón. Dichas contrataciones obedecieron a la carencia por el Departamento de Cultura de medios materiales precisos y de personal especializado para realizar las mencionadas funciones (colaborar en el aspecto técnico, frecuentemente fuera del horario de la jornada habitual de trabajo, preferentemente en las relaciones con los representantes de los artistas y con los ayuntamientos de las localidades participantes sobre iluminación y sonido, así como participar en la resolución de los problemas que se pudieran presentar al cierre de la programación, especialmente en la faceta artística y administrativa). Con todos estos elementos, el Tribunal entiende existente la cobertura legal del art. 197.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD Leg. 2/2000, de 16 de junio) y ellos sin que se entienda la utilización desviada de la norma que justificaría la reinserción de tales relaciones en el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Además, la Sala entiende que no existe prueba suficiente como para acreditar la existencia de relación alguna entre la Diputación recurrente y otro de los en un principio deman-

dados. En cambio sí queda acreditado que las retribuciones que éste percibió no provinieron de la Diputación recurrente sino de los ayuntamientos. En cualquier caso la falta de contrato escrito es demostración de la menor cuantía del contrato. Así pues, el Tribunal entiende probada la no inclusión de estas personas en el círculo rector y organicista de la Diputación, puesto que la utilización de sus locales, fax, y teléfono debe contrastarse con la inexistencia de instrucciones precisas sobre la forma de prestar asistencia técnica para el desarrollo de los espectáculos y de cualquier forma de disciplina y de horario para el trabajo. El Tribunal llega a la conclusión de que los vínculos enjuiciados carecen de naturaleza laboral a pesar del hecho de que los interesados no estuvieran dados de alta en el RETA ni en el IAE, pues la patología de una relación contractual, sostiene el Tribunal, no supone la desnaturalización de la misma ni obsta a que ésta pueda seguir desplegando sus efectos.

3. Se plantea en este caso el problema de la delimitación entre los campos administrativo y laboral en la contratación de las AAPP de prestaciones de carácter temporal. Ésta es una cuestión siempre difícil porque, en principio, estas prestaciones temporales de carácter personal pueden configurarse jurídicamente de una u otra forma porque no existe diferencia sustancial entre la relación administrativa y la laboral, es más una cuestión de técnica organizativa. La cuestión se funda en el hecho de que existe una expresa previsión legal que, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.3.a) ET, autoriza la contratación administrativa y en consecuencia el sometimiento a la norma administrativa de la relación entre los contratantes. En este sentido se han pronunciado los Tribunales en una jurisprudencia consolidada que se menciona en la propia sentencia que ahora comentamos.

Sin embargo, no se puede dejar de afirmar en estas líneas que lo anteriormente expuesto no da cobertura a toda suerte de relaciones. La excepción que la contratación administrativa representa frente a la presunción de laboralidad del art. 8 ET, decae cuando la contratación administrativa se haya formalizado al amparo formal de una Ley pero con flagrante desviación del cauce legal previsto. En estos casos habrá que reconocer la existencia de una relación laboral entre las partes a pesar del nombre que le hubieran dado al negocio jurídico celebrado entre ellas. Pese al amplio campo de actuación que permite, la contratación administrativa no lo ampara todo.

D) Profesiones liberales

La sentencia comentada atañe a la siempre peliaguda cuestión relativa a la diferencia entre el arrendamiento de servicios y el contrato de trabajo en el caso de un médico cardiólogo.

– STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2002 (recurso 2689/2002), I.L. J 2536.

1. El actor, médico cardiólogo, prestó servicios a la Organización Nacional de Ciegos Españoles (ONCE) durante siete años, en organismos y dependencias distintas. La atención a los clientes se desarrollaba, indistintamente, en estos propios centros o en la con-

II. Trabajador

sulta privada del actor. La retribución a cargo de la ONCE era por acto médico, según baremo, con minutación total y pago mensual minutas y abonadas mensualmente. El actor actuó como médico en el servicio organizado por la ONCE para colaborar en la gestión del sistema de seguridad social y, con motivo a esa colaboración, comunicó al actor la extinción de su contrato, demandando éste a la ONCE por despido; el juzgado de lo social de instancia declara la incompetencia del orden social, advirtiendo al actor la posibilidad de litigar en el orden civil.

2. La Sala confirma la sentencia del juzgador *a quo*, ante los hechos que la soportan, incombados en el trámite de la suplicación y, apoyándose en la doctrina jurisprudencial social (SSTS de 4 de febrero de 1984 y 9 de febrero de 1990), argumenta que “(...) la diferencia entre el arrendamiento de servicios (...) (y) (...) el contrato de trabajo –tan difícil en ocasiones, hasta el punto de haberse hablado de los regímenes jurídicos distintos para una misma realidad o sustrato social– ha de venir construida sobre la base de indagar y constatar si acompañan a la relación de servicios las notas de voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia al ámbito de organización y dirección de la empresa, que caracterizan el contrato de trabajo (...)” De modo que “(...) no es suficiente para la configuración de la relación laboral la existencia de un servicio o actividad determinada y de su remuneración por la persona a favor de la que se prestan para que, sin más, nazca a la vida del derecho el contrato de trabajo, pues –Sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1985– su característica esencial es la dependencia o subordinación del que presta un servicio a las personas a favor de quien se ejecuta, bastando para que concurra que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista, rector y disciplinario del empleador por cuenta de quien realice una específica labor, de modo que si no existe tal sujeción el contrato es meramente civil (...)” La Sala quita importancia a la facilitación de medios u organización por parte de la ONCE –centro para pasar la consulta, auxiliares administrativos o sanitarios, etc.– ya que “(...) en el trabajo llevado a cabo en la sede de la demandada aflora con nitidez la nota de autonomía en su ejercicio en cuanto que, además de no recibir directrices o instrucciones de la ONCE, quien no ejercía tampoco control o supervisión sobre su labor, acudía tan sólo a dicho centro en las horas concertadas con los pacientes, no sustituía ni era sustituida por personal de la demandada a quien sencillamente comunicaba sus ausencias –disfrute de vacaciones o por razones personales– para la conveniente organización de los servicios asistenciales, respondiendo a su voluntad y no a imposición de contrario o a mutuo acuerdo las fechas y tiempo de ausencia (...)”

3. De nuevo la Sala se mueve en el filo de la navaja a la hora de delimitar el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios, en un caso de particular incertidumbre, como el que se origina en torno a la actividad productiva de los profesionales libres. Sin embargo, a la vista de los hechos probados, no puede decirse que la extracción del supuesto del ámbito laboral, para reconducirlo a la disciplina de los contratos civiles, resulte extraño o criticable, puesto que se hace una aplicación clásica del presupuesto sustantivo de la dependencia, combinado con la modalidad de la retribución por acto médico. Con todo, no es definitivamente concluyente el hecho de que el actor no se sujetara a órdenes e instrucciones en el desarrollo de su actividad profesional, porque la denominada “dependencia técnica” no es exigible en ningún supuesto en el que el trabajador preste servicios proyectando a los mismos los especialadísimos conocimientos propios de su titulación;

contrariamente, en los aspectos puramente formales, sí parece acreditado que el actor cumplía ciertos compromisos organizativos para la atención de los pacientes, factor este que podría haberse magnificado, en detrimento del anterior, para llegar a una conclusión distinta.

E) Socios empleados

– STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2002 (recurso 5675/2002), I.L. J 2573.

1. La presente decisión resuelve el recurso de suplicación planteado por la sociedad “Aeroprensa, SL” y dos de sus socios, contra la sentencia del Juzgado de lo Social que declaraba la existencia de relación laboral entre M^a. Isabel M.V. y la citada empresa, así como la improcedencia del despido por el que se extinguió su vinculación. Constan como hechos probados que M^a. Isabel M.V. prestaba servicios para “Aeroprensa, SL” como Jefe Administrativo, a cambio de una remuneración fija mensual. Las labores que le eran propias las desempeñaba bajo la dirección real y efectiva de los dos socios hoy recurrentes, que por otra parte, ostentaban el control efectivo sobre la sociedad. Se da la circunstancia de que M^a. Isabel era socia fundadora de la propia sociedad, siendo titular del 48 por ciento de su capital social. Además se hace constar que había abandonado su cargo de administradora varios años atrás.

2. Llama la atención esta resolución por apoyar sus fundamentos de derecho de forma exclusiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia. Así, y a pesar de que las partes recurrentes se han limitado a combatir la previa atribución al orden jurisdiccional de este supuesto, entra a resolver sobre la existencia de relación laboral en el caso concreto, y ulteriormente sobre la improcedencia del despido en los términos expresados por la sentencia objeto de recurso. El ponente afirma la plena compatibilidad entre la condición de socio y la de trabajador siempre que ambas relaciones mantengan su sustantividad (SSTS de 22 de octubre de 1998, 24 de octubre de 2000 y 30 de abril de 2002, entre otras). Esta regla general se pone en cuestión cuando quien realiza la prestación tiene una participación mayoritaria en la sociedad, pues es el propio presupuesto de ajenidad el que queda en entredicho. Esa participación mayoritaria queda fijada en el 50 por ciento del capital social. Conforme a estos argumentos, se concluye la laboralidad de la relación objeto de examen, al no concurrir participación mayoritaria ni formar parte M^a. Isabel de los órganos de administración de la sociedad para la que trabaja, en consecuencia, al no constar que ostenta el control efectivo sobre la misma.

3. Desde 1990 M^a. Isabel M.V., mantenía una doble relación con la entidad “Aeroprensa, SL”: por un lado, prestaba servicios como Jefe administrativo, y por otra parte, era socia fundadora de la sociedad, con una participación del 48 por ciento en el capital de la misma, y el cargo de administradora hasta el año 1996. Por lo tanto, a la fecha de entrada en vigor de la DA Cuadragésima Tercera de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que introdujo la DA Vigésima Séptima LGSS, reguladora del encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los socios trabajadores de sociedades de capital, las circunstancias a

II. Trabajador

tener en cuenta eran las mismas, a excepción de su pertenencia a los órganos de administración, elemento relevante a los efectos de determinar su control efectivo sobre la sociedad. En aplicación de dicha disposición, más concretamente de su apartado 1.1, corresponderá el encuadramiento de estos socios en el RETA en los casos en que, salvo prueba en contrario, posea el control efectivo de la sociedad por participar en más de un tercio del capital social, y por lo tanto la inclusión de M^a. Isabel en dicho régimen. No obstante, se ha de tener en cuenta que esa presunción es puesta en cuestión cuando la sentencia de instancia hace constar como hecho probado que el control efectivo lo ostentaban de hecho los otros dos socios con los que M^a. Isabel compartía el capital. La destrucción de esta presunción resulta ser otro argumento fundamental para compartir la conclusión alcanzada por el Tribunal Superior de Justicia.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Trabajador por cuenta ajena

a) Familiares

– STSJ de Galicia de 1 de octubre de 2002, I.L. J 2939.

1. Los demandantes y el demandado forman una comunidad de bienes, que se formó tras disolverse una comunidad hereditaria. El actor empezó a trabajar para la demandada antes de 1986 y trabaja en otras empresas del grupo. Tras el despido no pidió prestación por desempleo. Es el presidente de todas las empresas del grupo, participando en las reuniones del consejo de administración de todas ellas y en el reparto de beneficios de ellas. La actora es consejera de todas las sociedades del grupo y propietaria de la décima parte de las sociedades, no tenía horario fijo en la prestación de la actividad. La empresa se constituyó para llevar la gestión y administración de todas las empresas del grupo, de modo que todos los hijos del demandado perciben similar retribución y se realizaba reparto de beneficios, existiendo caja única en las empresas del grupo.

2. No es aplicable al proceso laboral el art. 416.2 LEC, de modo que las cuestiones sobre falta de competencia deben ser resueltas en la sentencia, sin tener que suspenderse el dictado de ésta, para atender la decisión de la declinatoria. La cuestión de incompetencia alegada por el demandado no es cuestión nueva por tratarse de materia de orden público procesal que puede plantearse de oficio. Así fue entendida por el juzgador de instancia, al aceptar las alegaciones de la parte demandada y del Ministerio Fiscal. Si bien según la STS de 10 de abril de 2000, con cita de la STS de 22 de diciembre de 1997, del empresario que es persona jurídica no puede decirse que tenga parientes, a los efectos del art. 1.3.e) ET y del art. 7.2 LGSS, no obstante a partir de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (art. 34.2) se ha reformado el contenido de la DA Vigésima Séptima LGSS, de modo que se viene a excluir del RGSS a quienes presten servicios en sociedades en las que el capital esté distribuido entre socios con los que conviva el productor y a quines se encuentre unido por vínculo de parentesco, por consanguinidad hasta el segundo grado, cuando uno de tales socios ostente, al menos, la titularidad de la mitad del capital social, salvo prueba en

contrario. La exclusión de que se trata hace que el afectado por ella no se pueda inscribir en el RGSS, sino en el RETA. La consecuencia que se deduce es la de la incompetencia de jurisdicción.

3. El argumento es de recibo, pues de modo razonable se trata de impedir que las meras formalidades impidan llegar al resultado pretendido por el texto del ET. Con todo se ha de añadir que se trata de una presunción que cede ante el hecho probado de ser asalariado y que todo esto no justifica que de ciertos beneficios económicos que se ofrecen en general a los empresarios que contratan trabajadores, se excluya al pariente del empresario sin previsión alguna del justificación de la ruptura de la presunción, pero éste no es el caso actual.

B) Inclusiones por asimilación

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas

La primera de las sentencias recogidas rechaza la solicitud de alta en el RETA; la segunda esclarece cómo puede influir la separación matrimonial sobre la existencia de una relación laboral en este contexto; en fin, la última se ocupa de si el encuadramiento en el RGSS debe producirse como trabajador a tiempo parcial o ha de serlo a tiempo completo.

– STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de julio de 2002 (recurso 5/2002), I.L. J 2903.

1. En esta ocasión, la sentencia objeto de comentario resuelve el recurso de suplicación interpuesto por Dña. Penélope frente al fallo de instancia que desestimaba su demanda sobre afiliación a la Seguridad Social contra la TGSS. La parte actora discrepaba con la resolución de la entidad gestora, conforme a la cual se denegaba su solicitud de alta en el RETA y se ordenaba su inclusión en el RGSS como asimilada. Los datos fácticos en los que se basa la resolución administrativa, y posteriormente la judicial, prueban que la parte actora fundó, junto a varios miembros de su familia, la sociedad mercantil “Viveros la Raña, SL”, siendo titular de un 16 por ciento del capital social de la misma. Igualmente, aparece probado que por decisión de la Junta General se adoptó como sistema de administración de la sociedad el de administrador único, cargo que fue asumido por Dña. Penélope. Entre los hechos probados también se destaca por su relevancia en la adopción de una decisión, el dato conforme al cual la actora no convivía con ninguno de sus familiares con los que compartía la titularidad de la empresa.

2. Partiendo del relato fáctico expuesto, el Tribunal Superior de Justicia procede a considerar el único motivo en el que se funda el recurso de suplicación presentado por Dña. Penélope. En él se denuncia la infracción del derecho aplicado al caso, más concretamente la del art. 97 LGSS en relación con los arts. 1 a 3 del Decreto 2530/1970 regulador del RETA. Por lo tanto, la cuestión que se plantea ante el ponente es si la recurrente, titular del 16 por ciento del capital social de la ya citada entidad mercantil, cuya propiedad comparte

II. Trabajador

con algunos miembros de su familia con los que no convive, y administradora única con carácter no retribuido de dicha sociedad, tiene el derecho a darse de alta en el RETA. Dicha cuestión es resuelta a través de la aplicación al caso de la DA Vigésima Séptima LGSS. Mediante la interpretación de este precepto el ponente considera que procederá la inclusión obligatoria en el RETA de los socios administradores sociales, retribuidos o no, que aún no alcanzando el 50 por ciento de la propiedad de la sociedad, sean socios dominantes al sumar su participación con la de otros socios con los que conviva y con los que esté unido por determinados vínculos familiares. Dado que tales circunstancias no concurren en el supuesto de hecho considerado, se confirma la sentencia recurrida, y se desestima la pretensión de la recurrente. Llama la atención una última consideración introducida en la sentencia, conforme a la cual la cuestión dilucidada no depende de la voluntad ni de quien lo solicita, ni de la Administración de la Seguridad Social, sino que únicamente queda condicionada por la concurrencia de las circunstancias previstas legalmente.

3. En la actualidad, y tras una atormentada evolución legal y jurisprudencial, el criterio del control efectivo en los términos establecidos en la DA Vigésima Séptima LGSS, es el determinante del encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los socios administradores y consejeros. En este caso, y como señala la propia sentencia, no concurren elementos que confirmen la presunción *iuris tantum* de control efectivo sobre la sociedad por parte de la recurrente, por lo que corresponde su inclusión como asimilada en el RGSS. No obstante, resulta relevante destacar su firme voluntad de acceder al RETA pues, a pesar de la veracidad de la afirmación del ponente según la cual se trata de una cuestión fuera del alcance de la decisión unilateral de la solicitante de la afiliación, viene a mostrar una necesidad de este colectivo, que exigiría introducir un elemento subjetivo y flexible en este régimen, permitiendo la opción, en función de consideraciones normalmente de coste económico, entre un régimen u otro.

– STSJ de Baleares 30 de noviembre de 2002 (recurso 531/2002), I.L. J 3116.

1. La sentencia revisa en suplicación un fallo declarativo de existencia de relación laboral así como de la procedencia del alta en la SS con efectos retroactivos en el Régimen General, que confirma. Se trata de una socia titular del 1 por ciento del capital social cuyo cónyuge –con el que convivía hasta diciembre de 2001– era titular a su vez del 49 por ciento del capital social, y que venía desempeñando trabajo por cuenta ajena para la sociedad hasta que fue despedida el 31 de julio de 2002. El 1 de febrero de 1997 se dio de alta en el RETA, si bien con anterioridad había venido cotizando en el Régimen General.

2. La sentencia de suplicación confirmó que la existencia de relación laboral no se desvirtuaba por el hecho de ser titular del 1 por ciento del capital social así como porque el cónyuge fuera titular del 49 por ciento del mismo, puesto que ello no es relevante para determinar la existencia de control efectivo de la sociedad, cuando “la propia recurrente tras la sentencia de instancia ha mantenido la existencia de relación laboral al despedir a la actora por carta de 31 de julio de 2002 (...y...) se siguieron librando hojas de salario desde la afiliación al RETA en 1997”. El hecho de la separación tampoco es relevante, puesto que “situación matrimonial con el administrador de una sociedad y copartícipe de

la misma, sólo puede resultar un indicio o presunción (art. 1.3 ET) sobre la no existencia de la relación laboral”.

3. La sentencia es declarativa de derechos y de condena, determinándose en primer lugar la existencia de una relación laboral, y sólo a partir de ahí los efectos retroactivos del alta en el Régimen General. La sentencia pone de manifiesto hasta qué punto resulta difícil restringir el campo de aplicación de las presunciones de la DA Vigésima Séptima LGSS al ámbito de la SS, sin afectar así al ámbito estrictamente laboral de una relación. El TSJ debería haber argumentado que la DA Vigésima Séptima LGSS no resultaba de aplicación pese a existir convivencia matrimonial hasta diciembre de 2001, puesto que dicha norma establece —a efectos de SS— una presunción *iuris tantum* de control efectivo, que resultaba destruida por la prueba practicada en el pleito. En este sentido, debería haberse revisado el hecho probado que declara que “la empresa dio de alta a la trabajadora en el RETA”, puesto que quien se da de alta es quien presta los servicios por cuenta propia, al margen del valor que dicha manifestación de voluntad pueda tener a efectos de determinar la laboralidad de una relación.

— STSJ de Andalucía (Granada) de 4 de junio de 2002 (recurso 2260/2001), I.L. J 3058.

1. La actora es socia con el 22 por ciento de las participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada. En un determinado momento, la actora suscribe un contrato a tiempo parcial indefinido con la empresa en horario de lunes a viernes de 10 a 14 horas con la categoría profesional de administrativa. La TGSS revisa el alta de la actora considerando que ha de hacerse a tiempo completo y no a tiempo parcial.

2. El Tribunal Superior de Justicia admite el recurso planteado por la actora por considerar que este recurso no se “centra en determinar cuál sea la naturaleza jurídica de la relación que liga a la actora con la empresa de la que es asimismo socia y administradora única, sino, en concreto, si su encuadramiento en el RGSS puede serlo como trabajador a tiempo parcial o ha de serlo necesariamente a tiempo completo”. En este caso concreto, se constata que la actora es socia, con participación del 22 por ciento y administradora única de la sociedad al tiempo que trabajadora vinculada por contrato de trabajo a tiempo parcial. “La posibilidad de que un socio sea al propio tiempo trabajador asalariado de la sociedad y administrador social viene siendo admitida por la jurisprudencia bajo ciertas condiciones” y así la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha reconocido la condición de trabajador por cuenta ajena, encuadrable en el RGSS, al socio minoritario-administrador contratado laboralmente (SSTS de 29 de enero de 1997, de 18 de febrero de 1997, de 14 de marzo de 1997, de 26 de enero de 1998, de 5 de febrero de 1998, de 14 de octubre de 1998 y de 17 de mayo de 1999, entre otras), siempre que la participación en el capital social no sea suficiente para apreciar una posición de control individual de las decisiones o una posibilidad de adoptar acuerdos válidos en el consejo de administración. Como ha señalado el Tribunal Supremo “en resoluciones dictadas en relación con trabajadores de alta dirección pero cuya doctrina es sustancialmente aplicable al presente caso”, no existe prohibición legal alguna en el Estatuto de los Trabajadores (art. 12) ni

II. Trabajador

en la Ley que regula los contratos temporales para que quienes ostenten dicha cualidad puedan celebrar –como el resto de los trabajadores por cuenta ajena– este tipo de contratos a tiempo parcial, plenamente compatibles con otro trabajo o actividad social que desarrollen en la empresa, siendo, en consecuencia, ajustada a Derecho el alta en el RGSS en esta concreta modalidad contractual de quienes, como la actora, además de prestar sus servicios por cuenta ajena, ostentan funciones de administradores únicos, “por no estar ello prohibido por la normativa citada ni derivarse de una interpretación favorable al trabajador (...)” sin que haya resultado probado “que el contrato a tiempo parcial se ha celebrado fraudulentamente con la finalidad de pagar menos cotizaciones a la Seguridad Social”.

3. Si, como se deduce de la legislación mercantil, tanto en la sociedad anónima como en la de responsabilidad limitada existe una separación entre la esfera personal y patrimonial de la sociedad y la de los socios, existe, en consecuencia, una independencia funcional entre el estatuto de trabajador asalariado y la condición de socio. Sobre todo en un supuesto como el presente en el que la propiedad de las acciones por parte de la actora no parece implicar una posición dominante de la misma en el control de decisiones por parte de la sociedad de la que es accionista. O, al menos, eso no queda probado de los hechos que se relatan en la sentencia. De ser así, el discurso del pronunciamiento es coherente: una cosa es la titularidad de acciones en el ámbito mercantil, otra bien distinta la capacidad de obligarse como parte de un contrato de trabajo con la empresa sobre la que posee acciones o sobre otra bien distinta. Sin embargo, en este supuesto la consideración no parece tan nítida. Bien es cierto que la discusión no se plantea sobre una cuestión que alcance al concepto de trabajador, sino al tipo de contrato que puede suscribirse en estas condiciones. Pero, aun admitiendo esta digresión de lo que es el planteamiento central de este capítulo dedicado al concepto de trabajador, existen razones –que el Tribunal, sin embargo, no considera probadas– para entender que la relación se establece a tiempo parcial y no a tiempo completo para permitir, a través de una connivencia perfecta entre el trabajador y la empresa –en la que participa a través de acciones– a fin de ahorrarse las cotizaciones que el trabajo a tiempo completo les supondría a ambos. Probablemente la prestación de servicios de la trabajadora sea superior al tiempo previsto en su contrato a tiempo parcial pero no es fácil discernir el tiempo que dedica a la empresa a través de su contrato y el tiempo que le dedica en calidad de socia interesada en la misma o como administradora única. Sólo una prueba convincente de la Tesorería sobre este presunto fraude hubiera podido alterar el sentido de la sentencia comentada.

k) Consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas

– STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de julio de 2002 (recurso 989/2001), I.L. J 3082.

1. La sentencia analiza una resolución de la TGSS por la que se revisó de oficio el alta en el RETA de un socio titular del 50 por ciento del capital social de una sociedad mercantil, retrotrayendo la misma hasta julio de 1999. El actor carecía –al menos, formalmente– de la condición de administrador, puesto que era el otro socio, titular también del otro 50 por ciento del capital social, quien ostentaba el cargo de administrador único. La razón que justifica la fecha de retrotracción elegida se encuentra en que desde julio de 1999 el

citado socio aparece “en todos los contratos de trabajo, partes de alta en SS y certificados de empresa, aunque en los respectivos apartados reservados para el legal representante de la empresa constara el nombre (del otro socio); asimismo, consta la firma del actor en todas las hojas de salario desde octubre de 1998 en adelante”.

2. La sentencia de suplicación declaró que la retrotracción del alta practicada por la Tesorería era correcta, puesto que quedó acreditado en la instancia que el socio “realizaba de hecho funciones de administrador, aunque no ostentara formalmente dicha condición”. Por lo tanto, “de ser copropietario del 50 por ciento del capital social y de venir realizando, de modo efectivo, las funciones de administrador” ha de incluirse el supuesto comentado en la DA Vigésima Séptima LGSS, que establece este supuesto como presunción *iuris et de iure* de inclusión en el RETA.

3. La sentencia plantea un interesante supuesto de socio titular de un 50 por ciento del capital social y administrador *de facto*. En mi opinión, la sentencia resulta criticable puesto que la condición de administrador sólo puede ostentarse una vez realizados los correspondientes trámites. Cuestión distinta es que el socio tuviese la condición de “factor notorio” de la sociedad o que, como parece ser el caso, participara activamente (y con firma) en las decisiones relativas a la contratación y gestión del personal de la empresa. Actividad esta que, incluso en el caso de un trabajador común, dudamos que fuera tenida en cuenta para calificar la relación como de alta dirección. La sentencia podría haber optado por otros dos caminos posibles: a) haber entendido que el socio no realizaba actividad relevante para la sociedad y que, por tanto, no procedía su encuadramiento en la SS o, lo que resultaría más coherente con los hechos probados de la sentencia, b) reconocer la existencia de una actividad habitual, personal y directa realizada a título lucrativo.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÉDMAR

BORJA SUÁREZ CORUJO (COORDINADOR)

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO**Sumario:**

- 1. Consideración preliminar. 2. Empresario. Atribución o exclusión de la condición de empleador a las personas físicas que integran los órganos societarios. 3. Grupos de empresa.** A) Requisitos para apreciar la responsabilidad solidaria entre las empresas que componen un grupo. B) Extrapolación limitada de la doctrina sobre grupos de empresas en expedientes de regulación de empleo. **4. Contratas.** A) Concepto de propia actividad. B) Inexistencia de sucesión de contratas. **5. Empresas de Trabajo Temporal. Responsabilidad por despido. 6. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho. B) Efectos de la cesión ilegal cuando el cedente es una Administración Pública.
- 7. Sucesión de empresas.** A) La subrogación contractual efectuada contra la voluntad de los trabajadores. B) El caso singular de la liberalización del *handling* en los aeropuertos. C) Mantenimiento de los derechos de los trabajadores.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 13 a 16 de 2002 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2464 a J 3178) 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.

1. EMPRESARIO. ATRIBUCIÓN O EXCLUSIÓN DE LA CONDICIÓN DE EMPLEADOR A LAS PERSONAS FÍSICAS QUE INTEGRAN LOS ÓRGANOS SOCIETARIOS

La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo permite traspasar la barrera que supone la personalidad jurídica de la sociedad, para atribuir la condición de empleador o empresario a los sujetos que forman parte de los diversos órganos integrantes de la estructura societaria. La finalidad de esta tradicional doctrina es exigir las correspondientes responsabilidades a quienes bajo diversa apariencia ostentan realmente tal condición empresarial, por ello únicamente será aplicable cuando pueda advertirse una motivación fraudulenta; en otras palabras, sólo debe aplicarse en los supuestos en que la forma societaria haya sido utilizada como instrumento para el engaño, con la intención de ocultar la identidad del verdadero empleador en perjuicio de los derechos de los trabajadores afectados. En caso contrario, no puede admitirse la exigencia de responsabilidad a los administradores o consejeros de las sociedades, figuras reguladas en las correspondientes normas mercantiles, en quienes no recae la condición de empleador, en la medida en que ésta corresponde a la propia sociedad como persona jurídica. Esta materia ha sido objeto de reciente discusión ante nuestros Tribunales.

En algún supuesto, tras reconocer la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las reclamaciones sobre la responsabilidad de las personas físicas que forman parte de los órganos societarios en cuanto “verdaderos empresarios” en detrimento del orden jurisdiccional civil, la sentencia estima parcialmente el recurso interpuesto absolviendo a las personas físicas demandadas. La decisión del Tribunal se funda en la ausencia de las mencionadas motivaciones subrepticias, circunstancia que impide “atribuir a las personas físicas demandadas la condición de verdaderos empresarios en detrimento de las sociedades codemandadas” (STSJ de Valencia de 11 de abril de 2002, I.L. J 2790).

En otro supuesto, se desestima la pretensión de los directivos demandados, tras haber quedado acreditada la imposibilidad material del empresario aparente para llevar a buen término la actividad empresarial, circunstancia que se acompaña de la confusión de los bienes materiales de las empresas implicadas, en concreto no consta “que la entidad mercantil constituida por aquél tenga titularidad o derecho alguno sobre el local y maquinaria que constituyen los elementos patrimoniales de la actividad empresarial antes y después de la constitución de la actual empleadora”, “tal confusión patrimonial, comporta necesariamente la responsabilidad del titular de tales elementos patrimoniales, sin los que no se podría llevar a cabo la actividad empresarial de la entidad mercantil constituida, enervando toda responsabilidad derivada de la misma al carecer la actual empresa empleadora (...), de los elementos patrimoniales de su actividad, al ser de titularidad de su principal socio y gerente” (STSJ de Baleares de 17 de septiembre de 2002, I.L. J 2999).

III. Empresario

1. GRUPOS DE EMPRESA

A) Requisitos para apreciar la responsabilidad solidaria entre las empresas que componen un grupo

Diversos pronunciamientos judiciales insisten en deslindar el reconocimiento de la existencia de una relación de grupo entre diversas empresas, de la posibilidad de comunicar la responsabilidad de las empresas que forman parte del mismo. En principio, cada una de las empresas que lo componen asumirán las responsabilidades propias, pues se trata de personas jurídicas diversas; mientras que la exigencia de una responsabilidad común del conjunto de grupo frente a las obligaciones de una de las empresas que lo componen, únicamente se verificaría cuando probada la primera circunstancia, la existencia del grupo, sea posible demostrar la concurrencia de un elemento adicional que ponga de manifiesto una voluntad de interposición ilícita con el fin de ocultar la persona del empresario real, intención que la jurisprudencia ha concretado en la presencia de alguno de los siguientes datos:

1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo.
2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo.
3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales.
4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

En aplicación de esta doctrina, la **STSJ del País Vasco de 19 de noviembre de 2002**, I.L. J 3173, no estima la concurrencia de tal elemento adicional en supuestos de coincidencia personal en los cargos de administrador único de una empresa del grupo y apoderado de éste, pues en palabras del Tribunal, esta circunstancia “revela que existía un grupo de empresas a la fecha de constitución del título ejecutorio, pero no que concurra elemento adicional alguno de los expuestos que determine el traspaso de responsabilidad solidaria en aquellas fechas”.

Por su parte, la **STSJ de Valencia de 11 de abril de 2002**, I.L. J 2791, considera probada la actuación unitaria del grupo de empresas en un supuesto en el que diversas empresas, aunque formalmente distintas, actúan en la práctica como una sola, para las que los trabajadores demandantes prestaban servicio en las mismas instalaciones y con la misma maquinaria, produciéndose confusión de patrimonios sociales. El Tribunal estima determinante la existencia de “un único patrimonio, constituido por el terreno y el edificio industrial y dirección unitaria, al ser sociedades con la misma dirección, los mismos socios, con participación individual o con participación de sociedades, de las que también son socios”.

B) Extrapolación limitada de la doctrina sobre grupos de empresas en expedientes de regulación de empleo

La competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en el conocimiento de las impugnaciones contra las resoluciones de la autoridad laboral recaídas en expedientes de regulación de empleo queda limitada al cumplimiento de los aspectos formales y a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en que debe fundarse la decisión extintiva prevista en el artículo 51.1 ET. Cuando la empresa o empresas afectadas forman parte de un grupo de empresas, la doctrina laboral de los grupos de empresa deberá aplicarse con ciertas precauciones para evitar interpretaciones excesivamente extensivas. En concreto, en palabras del Tribunal debe “valorarse la concurrencia o ausencia de las razones que se explicitan en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores como motivo que justifique esa misma regulación en una empresa determinada, sin perjuicio de que haya de ponderarse igualmente la existencia de los factores de crisis tecnológica o económica en todas aquellas otras que forman parte del grupo en que deba considerarse integrada; pero, y esto es importante, ni la simple justificación de una crisis que afecte, en general, a todas las empresas que constituyen una agrupación económica es suficiente para relevar a cada una de las que lo integran de demostrar cómo y en qué medida le afecta en particular el motivo tecnológico, económico o productivo en que base su solicitud de regulación de empleo (...) ni puede considerarse que la integración en un grupo económico de la empresa que en concreto promueve el expediente de regulación comporta la obligación de demostrar, formal y exhaustivamente, la realidad efectiva de la crisis afectante al grupo en que se integra, bastando con que haya puesto a disposición de los representantes de los trabajadores los elementos de juicio necesarios para que hayan podido compulsar la realidad de esa crisis generalizada” (STS de 4 de diciembre de 2002, Sala Tercera, I.L. J 2655).

4. CONTRATAS**A) Concepto de propia actividad**

Los efectos previstos en el artículo 42 ET quedan condicionados a la comprobación de que la actividad objeto de tráfico jurídico entre los empresarios, contratista y subcontratista, corresponde a la propia actividad del empresario principal; en caso contrario, las previsiones contenidas en el mencionado precepto no serán aplicables. En esta ocasión, la **STSJ de Extremadura de 4 de noviembre de 2002**, I.L. J 3138, considera que la actividad de la empresa subcontratista, prestación de servicios de reparación, establecimiento o mantenimiento de instalaciones eléctricas y otras similares, pertenecen a la propia actividad de la empresa principal cuyo objeto es la prestación de servicios de telecomunicaciones. La sentencia estima determinante en su fallo que “el mantenimiento de las instalaciones de la recurrente es consustancial a la actividad de dicha empresa por ser indispensable en centrales de telecomunicaciones (...) incardinándose en el ciclo productivo de la misma”.

B) Inexistencia de sucesión de contratatas

La posibilidad de exigir la subrogación de los sucesivos empresarios que contratan una determinada actividad en los contratos de trabajo vinculados a la realización de ésta, queda condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 44 ET. En caso de imposibilidad de aplicación del precepto estatutario, queda abierta la vía convencional, en el sentido de que podrá establecerse la sucesión en las contratatas por aplicación del convenio colectivo. En aplicación de esta doctrina, la **STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2002**, I.L. J 2992, rechaza la pretensión de una trabajadora de una empresa de limpieza, supuesto en el que no es aplicable la subrogación legal por no verificarse “transmisión de empresa ni unidad productiva autónoma a favor de dicha contratista que la obligue a la subrogación”; paralelamente, también se rechaza la posibilidad de subrogación convencional, en esta ocasión porque la empresa contratista no ha asumido directamente la realización de la actividad de limpieza, no siéndole aplicable el convenio colectivo de limpieza pues “dicha empresa no está incluida dentro de su ámbito de aplicación funcional de ahí que haya de insistirse en que no le afecte la subrogación en él contemplada lo que da lugar en definitiva a que no tenga responsabilidad derivada del cese de la actora”. Con independencia del razonamiento anterior, la sentencia declara improcedente el despido de la trabajadora por carecer “de causa justificativa pues la empresa le comunicó a la trabajadora en la carta reseñada en el relato fáctico, que extinguía el contrato de trabajo que los une en relación con el centro de trabajo” de la empresa contratista.

En los supuestos en que una Administración Pública actúa como empresa principal, la sucesión entre las empresas contratistas puede también preverse en el pliego de condiciones de adjudicación del servicio, de manera que las empresas que participan en la correspondiente convocatoria pública conocen y asumen esta condición. En caso contrario, la empresa adjudicataria queda liberada de la obligación de continuar los contratos celebrados por la anterior. En ocasiones, el compromiso de subrogación aparece en acuerdos celebrados entre la Administración Pública implicada y los sindicatos más representativos en el ámbito correspondiente, compromiso que no podrá ser exigible a la empresa adjudicataria a quien, más allá de lo expresamente fijado en el pliego de condiciones, no podrá exigírsele el cumplimiento de las obligaciones asumidas por terceros. Así queda argumentado en la **STSJ de Valencia de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 2780, en la que se niega la posibilidad de subrogación “porque tal obligación tampoco venía establecida en el pliego de condiciones redactado por la Generalidad de Valencia a efectos de adjudicar el servicio, en el que únicamente se incluía la previsión de que la empresa adjudicataria debería ajustarse a los principios de mérito y capacidad en la incorporación del personal que haya de utilizar en la ejecución de la Asistencia. No obsta a la conclusión expuesta el acuerdo firmado en el mes de agosto de 1998 entre el sindicato UGT y la Consellería de Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana, pues si ésta no plasmó en el pliego de condiciones el compromiso asumido en aquél, resulta obvio que el mencionado acuerdo, sin perjuicio, de los efectos políticos que no son al caso, carece de eficacia jurídica, a una tercera empresa (...) que únicamente se encuentra vinculada por lo prescrito en el pliego de condiciones”.

5. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. RESPONSABILIDAD POR DESPIDO

La complejidad de las relaciones triangulares que se establecen entre las partes implicadas en la contratación de trabajadores mediante empresas de trabajo temporal, impide resolver de manera general la identidad del sujeto responsable en caso de despido improcedente. Buen ejemplo de lo anterior son las sentencias que seguidamente se citan.

En concreto, la **STSJ de Andalucía (Granada) 18 de junio de 2002**, I.L. J 3064, resuelve un supuesto en el que el trabajador suscribe un contrato de interinidad del artículo 15.1.c) ET, con la empresa de trabajo temporal, durante la celebración de un proceso de selección en una empresa al amparo de lo establecido por el RD 2720/1998, de regulación de la contratación temporal causal. Iniciada la prestación laboral para la empresa usuaria, la empresa de trabajo temporal decide unilateralmente dar por finalizado el contrato de trabajo, sin mediar comunicación fehaciente de la empresa usuaria de la conclusión del proceso selectivo, y sin que haya transcurrido el plazo legal máximo de tres meses. En ausencia de tales circunstancias, el despido debe ser considerado improcedente y la responsabilidad únicamente exigida a la empresa de trabajo temporal.

Por el contrario, el mismo Tribunal considera que la continuación de la prestación laboral en la empresa usuaria por el trabajador contratado por una empresa de trabajo temporal, finalizada la obra o servicio objeto del contrato de trabajo, supone la vinculación del trabajador a la empresa usuaria con carácter indefinido, pues esta consecuencia es “el efecto obligadamente derivado de una actuación empresarial que, más allá de su ilicitud respecto del objeto del contrato de puesta a disposición, denotaría el agotamiento de dicho contrato y con él su extinción y el nacimiento de una nueva relación jurídica de la que ya no es parte la empresa de trabajo temporal, conclusión a la que no afectaría que por esta última empresa se haya continuado abonando el salario hasta el momento en que, por los datos que le facilite la empresa usuaria, considera y así lo comunica al trabajador, que el contrato suscrito con éste ha concluido, puesto que esta faceta de la situación, con todas sus implicaciones, trasciende de lo laboral y se encuadra en el marco de las relaciones, de naturaleza civil o mercantil, que puedan vincular a ambas empresas” (**STSJ de Andalucía, Granada, de 23 de octubre de 2002**, I.L. J 2866). En estos supuestos, la responsabilidad por el despido del trabajador corre a cargo de la empresa usuaria, debiendo precisarse al respecto que la antigüedad computable a efectos de indemnización “es la que corresponde a la totalidad del período de prestación de servicios”.

6. CESIÓN ILEGAL

A) Requisitos que delimitan el supuesto de hecho

La dificultad para diferenciar entre figuras tan próximas como la lícita contratación de una prestación de servicios entre dos empresas prevista en el artículo 42 del ET y la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, actividad prohi-

III. Empresario

bida salvo a las empresas de trabajo temporal, forma parte del litigio resuelto por la STSJ de Madrid de 4 de octubre de 2002, I.L. J 2946. El Tribunal considera decisivo para la resolución del caso “el dato de que exista una fase o un sector de la actividad de la empresa principal, nítidamente diferenciado, cuya realización se encarga a un tercero; y que en la ejecución de ese encargo, la empresa contratista o adjudicataria asuma la organización de esa parcela de actividad con su propio personal, cuyo trabajo dirija, controle y ordene, sin que ello excluya las facultades de la empresa principal en cuanto a la supervisión del trabajo entregado”.

B) Efectos de la cesión ilegal cuando el cedente es una Administración Pública

El suministro ilegal de mano de obra es prohibido por el ordenamiento laboral, concediendo a los trabajadores objeto del mismo el derecho a adquirir la condición de fijos, optando por una de las dos empresas, cedente y cesionaria, que participan en el tráfico prohibido. Cuando la condición de empresario es ostentada por una Administración Pública, la aplicación del artículo 43.3 ET debe someterse a determinadas restricciones, particularmente cuando el trabajador muestra su voluntad de permanecer vinculado a la Administración implicada. La contratación de personal laboral por estas entidades públicas debe sujetarse a los principios de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad. La unificación de doctrina desestima la posibilidad de aceptar el carácter indefinido de la relación laboral del trabajador con el organismo público, aplicando analógicamente su propia doctrina en supuestos de irregularidades en la contratación temporal por la Administración. Por tanto, los trabajadores cedidos ilegalmente serán considerados temporalmente como indefinidos pero nunca fijos (STS de 11 de diciembre de 2002, u.d., I.L. J 2611 y las SSTSJ de Madrid de 4 de octubre de 2002, I.L. J 2946 y de Valencia de 12 de marzo de 2002, I.L. J 2775).

7. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) La subrogación contractual efectuada contra la voluntad de los trabajadores

El ordenamiento laboral aborda la regulación de los procesos de transmisión de empresas desde una perspectiva conservacionista de la relación laboral. Si se tiene en cuenta que la principal obligación del empresario consiste en la puntual entrega de la remuneración correspondiente, puede afirmarse que su posición presenta un alto grado de fungibilidad. Sobre este planteamiento planea la defensa del vínculo del trabajador con la empresa como organización, al margen de la persona o personas que durante la carrera profesional de aquél puedan sucesivamente ocupar la posición de empresario. En la práctica, se trata de la materialización en el plano laboral del principio general de mantenimiento del negocio jurídico que, puesto que únicamente afecta a la posición del empresario, responde adecuadamente también al respeto al principio de estabilidad en el empleo.

Por otra parte, cuando el negocio traslativo satisface los requisitos aplicativos previstos en el artículo 44 ET, la sucesión empresarial se produce de manera automática, esto es, sin que la voluntad del trabajador como parte del contrato de trabajo sea tenida en cuenta. El

legislador presupone que la continuidad de la relación laboral satisface en todo caso el interés del trabajador y, en caso contrario, cree más digno de protección el interés general representado en la continuidad de la actividad empresarial y el volumen de empleo de la empresa transmitida. Ahora bien, la complejidad del tráfico jurídico provoca en ocasiones que el efecto subrogatorio puede perjudicar los intereses individuales del trabajador, a quien no siempre le resultará indiferente el cambio de la figura empresarial: puede suceder que el trabajador prefiera permanecer en la empresa para la que viene prestando sus servicios en lugar de pasar a depender de la empresa adquirente. En su origen, la subrogación contractual estaba concebida para situaciones de transmisión de la empresa en su totalidad de forma que la empresa cedente dejaba de efectuar actividad empresarial alguna, se desprendía de su patrimonio productivo y, con ello, sólo la empresa cesionaria podría garantizar la continuidad de los contratos de trabajo. Por el contrario, a partir del instante en el que la transmisión puede ser también parcial, cabe la hipótesis de que la empresa cedente continúe desplegando una actividad empresarial con el remanente de centros o unidades productivas autónomas, al extremo que la dimensión y patrimonio de la empresa cedente puede llegar a ser superior al de la empresa cesionaria, de forma que para el trabajador ofrezca mayores garantías de estabilidad en el empleo y de mantenimiento de las precedentes condiciones de trabajo seguir vinculado con la empresa cedente. La legislación, sin embargo, no prima en todo caso el interés individual del trabajador, sino que progresivamente se ha convertido en una normativa de protección de la continuidad de la organización empresarial, vinculando como un todo los medios materiales y personales, con independencia de que el efecto subrogatorio atienda o no a los intereses de los trabajadores. A éstos, ni siquiera se les reconoce un específico derecho a la resolución contractual indemnizada en base a las causas contempladas en el artículo 50 ET, ni tampoco a ello se le da el tratamiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo a los efectos extintivos previstos en el apartado 3 del artículo 41 ET. Por tanto, a tales trabajadores únicamente les resta o aceptar la novación subjetiva de sus contratos o extinguirlos haciendo uso de su derecho a dimitir, conforme establece el artículo 49.1.d) ET, o buscando el acuerdo con el empresario, en virtud de lo previsto en el artículo 49.1.a) ET.

Por lo que refiere a la jurisprudencia, cuando el objeto de la transmisión no es la totalidad de la empresa sino una parte de la misma, ésta considera aplicable el artículo 44 ET cuando el traspaso comprenda “una entidad económica con propia identidad, como conjunto de medios de organizado”. “La proyección de lo antes dicho en el presente recurso lleva a la conclusión de la sentencia recurrida, de que ha existido en este caso el cambio de titularidad o transmisión de empresas al que se refiere el artículo 44 del ET. Como resulta de los hechos probados, y del contrato de arrendamiento celebrado en 15 de octubre de 1998 entre ambas empresas demandadas lo cedido fue un local con entrada desde el patio central del Colegio, dentro de la cual está ubicada una cocina industrial completamente equipada y apta para elaborar comidas, una nevera industrial, etc., además de útiles de limpieza, un local anexo destinado a *office*, y otro destinado a almacén estando formado el local principal por un comedor escolar y dos servicios, declarando las partes firmantes del acuerdo que todos los locales, enseres y electrodomésticos constituyen una industria susceptible de ser explotada desde el momento de la firma del acuerdo; siendo esto así, es claro que lo

III. Empresario

cedido fue unidad productiva autónoma, es decir, de una empresa, sin que sea obstáculo que el título sea un contrato de arrendamiento, pues para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes fundamentales de la empresa, sino poseer la titularidad del negocio, y no cabe duda que en el caso de autos la cesión de los servicios antes relacionados son un negocio cuya titularidad se cede” (STS de 12 de diciembre de 2002, u.d., I.L. J 2614). Con base a esta argumentación, la sentencia desestima el recurso de las trabajadoras de los servicios de limpieza y comedor pertenecientes a la plantilla de un colegio que pretendía se declarase la nulidad del acuerdo de cesión de tales actividades celebrado entre la dirección del colegio y una empresa de servicios. Como puede comprobarse, las actoras consideraban más favorable a sus intereses la permanencia en la entidad educativa, empresario enormemente diverso al modelo típico en las empresas de servicios. A pesar de ello, la materialización del negocio traslativo y la presencia de los elementos, objetivo y subjetivo, requeridos por el artículo 44 ET imponen la aplicación automática de la subrogación empresarial sin atender los intereses particulares de los trabajadores implicados, que en esta ocasión, a juicio de éstos, resultan claramente perjudicados.

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

Frente al supuesto anterior, conviene referir los problemas que continúa planteando el proceso de implantación de nuevas empresas de *handling* en los aeropuertos a resultas de la liberalización del transporte aéreo (Directiva 96/67 CEE). En tales supuestos, la jurisprudencia rechaza la aplicación del artículo 44 ET, invocando en su lugar lo preceptuado por los artículos 1205 y 1257 del Código Civil, normas que permiten reconocer individualmente a los trabajadores afectados por la transmisión empresarial el derecho a decidir su incorporación a la nueva empresa o su permanencia en la empresa originaria, consentimiento del trabajador que no puede ser sustituido por lo dispuesto en un acuerdo colectivo. En esta ocasión, la aplicación del régimen jurídico común permite proteger en mayor medida el interés particular de los trabajadores, en detrimento del contenido de los acuerdos colectivos celebrados entre la dirección y la representación sindical de la empresa cedente. La STS de 13 de noviembre de 2002, u.d., I.L. J 2469, reitera esta doctrina argumentado que “el traspaso de trabajadores desde la empresa Iberia LAE a la segunda operadora del servicio de *handling* en el aeropuerto de Las Palmas, aunque tenía su origen en el marco de la liberalización del transporte aéreo (...) y como consecuencia de la apertura a la competencia de un segundo concesionario o segundo operador de actividades u operaciones que Iberia, SA desarrollaba antes en régimen de monopolio, los títulos en cuya virtud se han producido las cesiones y subrogaciones controvertidas han sido sendos acuerdos contractuales de Iberia, SA con los segundos operadores code mandados, con la aceptación posterior de los Sindicatos más representativos en la empresa cedente. Pero no produjeron la transmisión de efectos patrimoniales ni de la organización ni de unidad productiva autónoma como requería el artículo 44 ET para poder hablar de una sucesión legal, ni tampoco se produjo dentro del esquema normativo de un Convenio Colectivo que previera aquella subrogación. Se produjo, pues, una subrogación sobre un Acuerdo privado que no vinculaba al trabajador afectado salvo que hubiera prestado su consentimiento a dicha subrogación como requiere el artículo 1205 CC”. La voluntad individual del trabajador no puede sustituirse tampoco “por un acuerdo colectivo sobre el método de la subrogación personal, salvo que dicho acuerdo pre-

viera, no sólo el procedimiento y los criterios de selección de los empleados afectos, sino también la conformidad individual de éstos a la medida de la subrogación, pues los sujetos colectivos no tienen legalmente atribuida la facultad de sustituir ese consentimiento, tal como asimismo se advierte en los supuestos contemplados en los artículos 40, 41 y 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET), ni tampoco contaban con un apoderamiento de los aludidos empleados al respecto” (STS de 14 de noviembre de 2002, u.d., I.L. J 2473 y, en términos similares, en la STS de 25 de noviembre de 2002, u.d., I.L. J 2488).

Una comparación minuciosa de los supuestos planteados conduce a afirmar que la disparidad de los efectos jurídicos que en ambos se desprenden, la aplicación o no del artículo 44 ET, queda fundamentalmente condicionada a la presencia de elementos patrimoniales u organizativos en el proceso transmisorio. En el supuesto del colegio, se produce subrogación empresarial porque se estima probado que junto a la actividad se transmiten, mediante contrato de arrendamiento, los enseres de limpieza y comedor; mientras que en el supuesto del servicio de asistencia en tierra a las aeronaves y pasajeros se niega tal subrogación pues no queda constatada transmisión de los elementos patrimoniales u organizativos que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación.

C) Mantenimiento de los derechos de los trabajadores

Consumada la sucesión empresarial, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 44.4 ET, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por el cambio de empresario continuarán rigiéndose por el convenio colectivo aplicable a éstos en el momento de la transmisión. Estas condiciones de trabajo deberán mantenerse hasta la fecha de finalización del mencionado convenio o, en su caso, hasta que sea sustituido por un nuevo convenio aplicable a la entidad transmitida. Las anteriores previsiones admiten una excepción, que el empresario cesionario y los representantes de los trabajadores acuerden lo contrario, aunque dicho pacto deberá producirse siempre tras la consumación de la sucesión, no pudiendo producirse con carácter previo. La STSJ de Navarra de 31 de diciembre de 2002, I.L. J 2828, aborda la interpretación de un acuerdo entre los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedente y los representantes de las direcciones de las empresas cedente y cesionaria, acuerdo que bien podría encuadrarse en los procesos de información y consulta previstos en los apartados 6 a 10 del artículo 44 ET, en el que el empresario cedente se obliga a “que una vez formen parte de la plantilla (...) serán acreedores de las mismas condiciones económicas y sociales que disfrutaban en la actualidad”. La sentencia considera que el compromiso del empresario cedente no supone una obligación de mantener las condiciones económicas y sociales que en el futuro pudieran disfrutar los trabajadores de la empresa cedente, tal y como defiende la jurisprudencia relativa al alcance de la regulación prevista en el artículo 44.4 ET.

JESÚS CRUZ VILLALÓN

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

PATROCINIO RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO

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

A) Período de prueba. B) Inicio de la contratación. **3. Contratación temporal.**

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

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales. b) Conversión en contratos indefinidos. c) Tratamiento de la extinción contractual. **4. Contratación a tiempo parcial y contratos 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 13 a 16 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*), merece la pena destacar dos. De un lado, la **STS de 25 de noviembre de 2002**, u.d., I.L. J 2485, que resuelve uno de los supuestos más controvertidos en relación con el contrato por obra: el recurso de las Administraciones Públicas a esta modalidad acreditando la existencia de una subvención de la que depende el contrato. De otro, la **STS de 10 de febrero de 2003** (recurso 2355/2002), que resuelve las dudas existentes en relación con la impartición de formación teórica a través de centros a distancia en los contratos para la formación.

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

Varias son las resoluciones dictadas en este período en materia de pacto de prueba. En primer lugar, en relación con el tema de la duración del pacto de prueba fijado en función del título del trabajador, cabe destacar dos resoluciones. De un lado, la **STSJ de Madrid de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2940, afirma la directa relación que debe existir entre el tiempo pactado de prueba y la titulación aportada por el trabajador a la relación laboral, es

decir, no la que pueda acreditar el trabajador sino aquella que, pudiendo ser acreditada, resulta fundamental en el contrato de trabajo. Así, la citada resolución viene a señalar que:

“La titulación como elemento determinante de la duración del período de prueba, es un suceso contractual, y como tal ajeno a los bienes jurídicos no comprometidos en el pacto. No importa así la titulación real que ostente el trabajador sino la titulación comprometida con la otra parte contratante, función de la específica prestación laboral y función de su valoración contractual (...)”.

Precisamente, respecto del concepto “técnico titulado” que utiliza el artículo 14 ET, la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002**, I.L. J 2811, viene a puntualizar que:

“(…) la expresión ‘técnico titulado’ no se refiere, o no puede ser coextensa, con estar en posesión de una titulación universitaria de grado medio o superior, aunque ése sea el caso más frecuente, ya que la norma no incluiría expresamente titulaciones que pueden ser perfectamente no técnicas, tales como las de Licenciado en Derecho, Periodismo, Económicas, Graduado Social, etc., sino ocupar en la empresa puestos de trabajo que el Convenio Colectivo entienda que son de esa naturaleza, que por regla general suelen ser los grupos I y II de los diferentes convenios colectivos, y que se asimilan a los grupos 1º y 2º de cotización a la Seguridad Social (...)”.

En segundo lugar, en materia de licitud del pacto de prueba, varias sentencias han reflexionado sobre su validez cuando han existido servicios previos en la empresa. Para la **STSJ de Andalucía de 8 de octubre de 2002**, I.L. J 2863, viene a reseñar que si un trabajador ha prestado servicios para una empresa por un período inferior al del pacto de prueba previsto legalmente “nada obsta para que en el nuevo contrato (...) pudiera convenirse un período de prueba por el tiempo que faltaba para completar el período de dos meses legalmente previsto”. Por el contrario, agotado el plazo máximo, se produce la nulidad del pacto de prueba:

“(…) la empresa tenía conocimientos plenos de la aptitud del trabajador y, habiendo considerado que no estaba preparado para desempeñar el cargo de Director, le destina a un puesto inferior, para el que sin duda había comprobado su capacidad, perteneciendo a la misma área comercial, por lo que sin duda es de aplicación lo dispuesto en el inciso tercero del apartado 1 del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al cual es nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación, siendo claro que así ha sucedido en el presente caso, al tratarse en ambos contratos de funciones comerciales (...)” (**STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2002**, I.L. J 2543).

Eso sí, de acuerdo con la **STSJ de Valencia de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 2780, sólo:

“(…) constituye abuso de derecho el establecimiento de un período de prueba a quien hubiera prestado servicios con anterioridad, cuando el trabajo fuera exactamente el

IV. Modalidades de Contratación

mismo, para las mismas personas, pueda conocerse su efectividad y el modo en su realización.”

De este modo, sería lícito el período de prueba pactado con unos trabajadores que pasan de una empresa contratista a otra prestando servicios para la misma Administración Pública, puesto que “no puede afirmarse que (la nueva contratista) conociera en qué forma prestaban sus servicios aquellos que fueron contratados, fin primordial del período de prueba”.

Finalmente, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 31 de octubre de 2002**, I.L. J 3092, recuerda la reiterada doctrina jurisprudencial sobre la libertad de forma en la extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y, en relación con el especial régimen del período de prueba para los trabajadores minusválidos previsto por el RD 1368/1985, de 17 de julio, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de julio de 2002**, I.L. J 3070, es fundamental el requisito de la intervención del equipo multiprofesional que acredite la necesidad de que éste sea superior al previsto por el art. 14 ET, dado que de no cumplirse, sólo podrá aplicarse a la relación de trabajo lo previsto por este precepto.

B) Inicio de la contratación

Tres sentencias se han pronunciado con relación a incidencias de carácter precontractual y efectos de las mismas. En primer lugar, en materia de eficacia del precontrato, interesa la **STSJ de Andalucía (Granada) de 24 de septiembre de 2002**, I.L. J 2972. En el caso resuelto, el empresario hizo una oferta de empleo a la trabajadora, a causa de la cual ésta abandonó voluntariamente su anterior puesto de trabajo. Luego, la incumplió. La cuestión litigiosa se centra en determinar cómo pueden cuantificarse los daños causados a la trabajadora, que solicita le sea abonada una cantidad igual a la que le correspondería por un despido improcedente de su anterior empresa así como las prestaciones por desempleo a que hubiera tenido derecho, tanto contributivas como asistenciales. La sentencia, sin embargo, viene a señalar, siguiendo la doctrina jurisprudencial, que únicamente procederá la indemnización por despido improcedente que correspondería a la de la nueva empresa, como si hubiese trabajado en la misma, desde la fecha en que pudo iniciarse la relación hasta la fecha en la que se le comunicó que no la admitían a trabajar:

“(…) no pudiendo englobarse ni la cantidad equivalente a la indemnización por despido en otra empresa, ni las prestaciones por desempleo ya que las cotizaciones efectuadas en la anterior empresa perviven y le serán estimadas a la actora en el caso de que con posterioridad a los hechos se encuentre en situación legal de desempleo”.

Por su parte, la **STSJ de Murcia de 11 de noviembre de 2002**, I.L. J 2513, se refiere a los efectos de la falta de cumplimiento de los requisitos de una oferta pública de empleo. Dado que los trabajadores,

“(…) no cumplían con uno de los requisitos exigidos en la oferta pública de empleo, concretamente el no llevar al menos tres meses inscritos como demandantes de empleo sin rechazar oferta de empleo adecuada, supuesto que de cumplirse quedaría incluido en el

apartado f) del art. 62 de la Ley 30/1992, referente a los actos nulos de pleno derecho por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

El cese no es, por tanto, despido.

Finalmente, resulta interesante la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de noviembre de 2002**, I.L. J 3104, que determina que un trabajador que debió ser contratado por la empresa de forma preferente a otro, por encontrarse inscrito en la Bolsa de Trabajo de la misma prevista en el convenio colectivo de empresa, tiene derecho a percibir una indemnización por daños correspondiente a los salarios que debió percibir y no percibió por el incumplimiento empresarial, dado que la empresa había asumido la obligación de contratarlo.

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

Antes de entrar a comentar las sentencias que abordan cuestiones puntuales en relación con la contratación temporal debe destacarse la **STS de 20 de enero de 2003**, I.L. J 5/2003, que en general determina respecto de estos contratos que es en todo caso necesario que la temporalidad se acredite a través de una de las causas legales que establece el artículo 15 ET, sin que sea suficiente la mera voluntad de las partes.

A) Supuestos

a) Contrato por obra o servicio determinado

Destaca, en primer lugar, la **STS de 25 de noviembre de 2002**, u.d., I.L. J 2485, que resuelve uno de los supuestos más controvertidos en relación con el contrato por obra: el recurso de las Administraciones Públicas a esta modalidad acreditando la existencia de una subvención de la que depende el contrato. Pues bien, la sentencia citada viene a reseñar, recordando la más reciente jurisprudencia en la materia que ha sido reseñada en crónicas anteriores, que la causa de este contrato temporal ha de quedar sin duda alguna acreditada y que “de la existencia de una subvención, no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de julio, que ha introducido un nuevo apartado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (...)”. Concretamente, el contrato controvertido se refiere a la necesidad de que un Ayuntamiento cubra “los servicios sociales básicos”; actividad esta que, como la resolución indica, el Ayuntamiento está obligado siempre a prestar de acuerdo con la normativa en vigor. Así, en relación con la mera alusión a esta causa justificativa porque la prestación está sujeta a un Plan anual señala la sentencia que:

“No es necesariamente signo de temporalidad que la dotación presupuestaria de una obra o servicio concreto, tenga que estar incluida en los presupuestos anuales. (...) Por consiguiente, que la financiación de los servicios sociales obligatorios, como la de cualquier

IV. Modalidades de Contratación

otra actividad temporal o permanente del Ayuntamiento, debe estar prevista e incluida en sus Presupuestos anuales, no revela que el servicio sea temporal por naturaleza, ni justifica por sí sola la formalización de contratos anuales, aunque sea ésta la duración de los presupuestos.”

En consecuencia:

“para esos servicios la subvención no pasa de ser una mera ayuda, que como tal ninguna virtualidad puede tener para modificar en temporal una actividad que por Ley es permanente”.

En una línea de interpretación muy similar puede verse la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 27 de septiembre de 2002**, I.L. J 2980, referida, sin embargo, a una prestación de carácter fijo discontinuo.

En relación, en segundo lugar, con la posibilidad de vincular el contrato de obra a la prestación por la empresa de una contrata de obra o servicio se mantienen criterios anteriores. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 2 de septiembre de 2002**, I.L. J 3001, determina que es indiscutible que se ajusta a derecho el contrato de trabajo temporal por obra pactado a través de vinculación con una contrata. En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de noviembre de 2002**, I.L. J 3102, reconoce que:

“es correcta en principio la celebración de un contrato para obra o servicio determinado cuyo objeto sea la realización de actividad contratada con un tercero por tiempo determinado”.

Sin embargo, se establecen ciertas cautelas para esta posibilidad en los casos en los que la duración de la contrata pueda predeterminarse. De acuerdo con la **STSJ del País Vasco de 12 de noviembre de 2002**, I.L. J 3166, si la empresa conoce de antemano la duración de la contrata deberá hacerlo constar en el contrato de trabajo y si pacta de nuevo posteriormente otra contrata idéntica con la misma empresa contratista ello evidencia una continuidad del servicio a los efectos oportunos:

“Consecuencia de ello, es que al no fijarse período exacto de cumplimiento, ya que se conocía de antemano, y al prorrogarse el arrendamiento entre las empresas, no se dan las condiciones de terminación a que se refiere el artículo 8.1.a) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre, y, por ende debe considerarse la extinción como un despido improcedente (...)”.

Existen, además, varios pronunciamientos sobre extinción anticipada del contrato. La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de septiembre de 2002**, I.L. J 2974, resuelve un supuesto de extinción del contrato en fecha anterior a la finalización de la obra declarando la misma ajustada a derecho por tratarse de un contrato por obra concertado de acuerdo con la norma convencional que determina la posibilidad de celebración del mismo en casos en que la prestación queda impregnada:

“(…) de cierta nota de eventualidad determinada por el carácter estacional que permite su utilización y que es notorio que, aun cuando en la actividad a que se dedica la demanda-

da, la temporada de verano pudiera abarcar hasta el mes de octubre, los meses “fuertes” de contratación no van más allá del mes de septiembre”.

Sin embargo, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2847, probado en el supuesto analizado que la obra continuó tras la resolución contractual, determina, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial en la materia, que la misma deberá calificarse de despido improcedente. En el mismo sentido, la **STSJ del País Vasco de 12 de noviembre de 2002**, I.L. J 3170, declara que no se ajusta a derecho la extinción del contrato justificada en la finalización de una obra distinta a aquella en la que realmente prestaba sus servicios el trabajador. Igualmente, la **STSJ de Canarias de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2877, declara que se convierte en indefinido un contrato de trabajo temporal pactado por obra o servicio determinado cuando, aparte de que éstos no tenían sustantividad y autonomía propias, la actividad continúa tras la rescisión del contrato de la trabajadora.

Por último, reiterando doctrina consolidada, se ha insistido en la necesidad de que la obra o servicio pactado delimite las funciones efectivamente realizadas. La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de diciembre de 2002**, I.L. J 2752, considera, en este sentido, que se convierte en relación laboral por tiempo indefinido la pactada inicialmente como temporal mediante un contrato por obra o servicio determinado cuando las tareas establecidas en el contrato no tienen duración incierta sino que forman parte de la actividad habitual de la empresa y, además, el trabajador es destinado a servicios que ni siquiera aparecen especificados en el contrato:

“(…) el hoy recurrente fue contratado para la realización de una obra o servicio, que no tiene duración incierta; ya que se trata de una actividad habitual de la demandada cual es la automatización de la gestión de los centros de control de calidad de la Junta de Castilla y León y en segundo lugar su actividad no se limitó a la automatización de la gestión de dichos centros sino que se extendió a otras muchas actividades, como la programación de las áreas de informatización y el mantenimiento de las aplicaciones puestas en explotación (...). Por ello no estamos en presencia de meras irregularidades formales sino de una irregularidad sustancial que supone que el contrato haya de ser considerado de carácter indefinido (...)”.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Respecto de esta modalidad contractual encontramos dos sentencias que se centran en la cuestión relativa a la duración de este contrato temporal.

De un lado, la **STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2669, resuelve un supuesto de ampliación de la duración máxima del contrato eventual en un convenio colectivo extraestatutario determinando la imposibilidad de considerar aplicable esa ampliación a un trabajador no incluido en su ámbito personal:

“(…) la ampliación se halla prevista en un convenio colectivo extraestatutario, de eficacia limitada para las partes que lo suscribieron. El demandante no se halla afiliado a ninguno

IV. Modalidades de Contratación

de los sindicatos que suscribieron el convenio. Y tampoco existió una adhesión personal a este último”.

Concretamente, en relación con esa falta de adhesión individual del trabajador sobre cuyo contrato eventual se discute la sentencia que comentamos considera que “la adhesión requiere, para su eficacia, una manifestación expresa, clara, consciente e individualizada de aceptación al sometimiento de la norma pactada colectivamente de naturaleza extraestatutaria”. Con esta conclusión, sin embargo, se contradice la jurisprudencia del TS que alude a que para la adhesión individual al convenio extraestatutario basta con la aplicación del convenio por parte del empresario sin protestas del trabajador (SSTS de 10 de junio de 1998 y 30 de marzo de 2000).

De otro lado, la **STSJ de Castilla y León de 20 de noviembre de 2002**, I.L. J 2695, nuevamente en relación con la duración del contrato, considera que no se ajusta a derecho un contrato eventual formalizado sin hacer constar su duración máxima:

“(…) no queda probado que en el contrato se determinase de forma concreta y expresa la duración máxima y en consecuencia, no habiendo quedado acreditado que el contrato reuniera los requisitos legalmente exigidos, y en concreto la determinación de su duración, todo ello conduce a declarar que la cláusula de temporalidad del contrato no tenía efecto alguno, siendo por lo tanto el contrato de duración indefinida (…)”.

En fin, la **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2002**, I.L. J 2819, declara que se convierte en indefinido el contrato pactado en la modalidad temporal eventual por circunstancias de la producción cuando la empresa “ha empleado al trabajador en tareas que no revisten el carácter de eventualidad”. Concretamente en el contrato se especifica que lo que se pretende es “atender la campaña publicitaria de las instalaciones frío/calor” pero:

“(…) al haber realizado muchas más instalaciones eléctricas y de agua que de aire acondicionado, (el trabajo) no era circunstancial sino que responde a las necesidades permanentes y constantes de la empresa (...). La consecuencia de tales irregularidades no puede ser otra que la transformación del contrato eventual en un contrato por tiempo indefinido”.

c) Contrato de interinidad

En el contrato por sustitución, los pronunciamientos escasamente innovadores. Varias sentencias se ocupan de examinar la regularidad en el cese del interino. Así en primer lugar, la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 2781, interpreta las cláusulas de un contrato donde se recogía entre las causas de extinción la declaración como vacante de la plaza por no reincorporación del trabajador sustituido. En este supuesto se establecía que el interino “podrá optar por la formalización del contrato de interinidad en plaza vacante”. El Tribunal interpreta esta opción como un derecho preferente para ser contratado, pero no como una transformación automática de un contrato de interinidad de un supuesto a otro. En segundo lugar, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 2002**, I.L. J 3053, estima procedente la extinción del contrato de interinidad por sustitución de una trabajadora a la que se declara en situación de incapaci-

dad permanente total, señalándose expresamente en la declaración de invalidez que no se preveía la revisión por mejoría, que permita una reincorporación de la trabajadora antes de dos años. Igualmente se admite la regularidad del cese de la trabajadora interina al ser declarada la trabajadora sustituida en situación de incapacidad permanente absoluta (**STSJ de Andalucía, Málaga, de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 3100. Finalmente, debe reseñarse la **STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2002**, I.L. J 3176, se reputa improcedente el cese de una trabajadora interina contratada para sustituir a otra con reserva de puesto de trabajo, por no acreditarse la terminación de la situación que otorgaba el derecho de reserva del puesto.

Existen, por otra parte, múltiples pronunciamientos relacionados con la interinidad de vacantes. Cierta interés tiene la **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de junio de 2002**, I.L. J 3064, que aborda un supuesto de contratación de un trabajador en una ETT para mediante un contrato de puesta a disposición cubrir un proceso de selección en una empresa usuaria. La sentencia estima que el contrato es de interinidad y no de obra o servicio, por lo que el cese del trabajador sin finalización del proceso de selección constituye un despido improcedente.

El resto se refiere fundamentalmente a la interinidad por vacante en el sector público. De entrada, conviene destacar la **STS de 11 de diciembre de 2002**, I.L. J 2607, donde el Alto Tribunal reitera doctrina sentada en unificación de doctrina en relación con el tratamiento de los retrasos en las provisiones de las plazas. La solución sostenida es que estos retrasos no convierten un contrato de interinidad en un contrato indefinido, sin que a esta conclusión obste el que en el contrato se haya establecido expresamente una duración máxima. Sin embargo, en íntima relación con esta cuestión, la **STSJ del País Vasco de 12 de noviembre de 2002**, I.L. J 3169, estima que la demora de más de un mes en el cese de una trabajadora interina tras concluir el derecho de reincorporación de la sustituida es una extinción ilegal. De ello se deriva, en la interpretación de esta sentencia que el retraso en el cese equivale a un nombramiento tácito de interinidad por vacante, manteniendo el derecho la trabajadora interina a ocupar la plaza hasta su cobertura por personal fijo o su amortización.

Se encuentran, por otro lado, una serie de pronunciamientos relacionados con el cese por amortización de la plaza desempeñada. Así, en primer término, la **STSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2002**, I.L. J 2556, aborda un supuesto de cese del interino por amortización del puesto de trabajo. El Tribunal desestima la pretensión de la trabajadora de que tras esta amortización existía, en realidad, un despido improcedente. Por una parte por considerar que el acto de amortización del puesto de trabajo sería impugnabile en su caso, ante el orden contencioso-administrativo, y por otra por no entender discriminatorio la elección del puesto de trabajo ocupado por la actora como amortizable. La doctrina al respecto es la siguiente:

“La supervivencia de un contrato de interinidad está ‘sometida a la condición subyacente de la supervivencia de puestos’ de trabajo correspondientes, lo que responde a la natura-

IV. Modalidades de Contratación

leza de la relación contractual de interinidad, en cuanto referida al desempeño con carácter provisional, de su puesto de trabajo, en definitiva, que la suscripción de un contrato de interinidad no limita ni elimina las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de los puestos de trabajo.”

Tampoco se considera despido, sino cese regular la extinción del contrato de interinidad de una médico por amortización de la plaza ocupada (STSJ de Castilla y León de 26 de noviembre de 2002, I.L. J 2838).

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Destaca en esta materia de nuevo (puesto que en la anterior crónica ya tuvimos oportunidad de analizar una sentencia del TS en este sentido) una sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina que se pronuncia sobre la controvertida cuestión del reconocimiento al complemento de antigüedad de los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos. Se trata de la **STS de 19 de noviembre de 2002**, I.L. J 2475, que, reiterando la argumentación de las conocidas SSTS de 7 y 23 de octubre de 2002, viene a considerar que teniendo en cuenta lo dispuesto tanto por la Directiva 1999/70/CEE, de Consejo, de 29 de junio, como por el artículo 15.6 del ET a la hora de interpretar los preceptos de cualquier convenio anterior para resolver problemas de aplicación de lo dispuesto en ellos a situaciones anteriores se ha de partir de una:

“(…) clara defensa de un principio de igualdad de trato entre fijos y temporales sin más excepciones que las contenidas en previsiones legales o en razones objetivas suficientemente justificativas de la diferencia de trato. Lo que avala y refuerza la disposición del art. 86 del Convenio discutido en cuanto a su vigencia tanto para trabajadores fijos como para trabajadores temporales”.

En otro orden de consideraciones, la **STSJ de Asturias de 25 de octubre de 2002**, I.L. J 2874, reconoce el derecho de una trabajadora interina a pasar a una situación de excedencia forzosa por acceder a cargo público. El Tribunal argumenta expresamente que el artículo 46.1 TRET no distingue entre personal fijo y temporal, pero se cuida de señalar que la suspensión del contrato por esta causa no varía la naturaleza temporal del contrato “de suerte que no generará más derechos de los que de su naturaleza y condiciones se deriven y finalizará por las mismas causas tanto si la trabajadora se halla en plena prestación de servicios, como si está en excedencia”.

b) Conversión en contratos indefinidos

Existen algunos pronunciamientos interesantes en relación con los efectos de los defectos de forma. En este terreno, la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002**, I.L. J 2808, declara que se convierte en indefinida la relación laboral en principio temporal por obra o servicio pactada con varios trabajadores “sin constancia escrita”, teniendo en

cuenta que, aunque posteriormente se documentó el contrato, ello se hizo sin especificar la obra para la que se les contrataba, por lo que “tales irregularidades debieron llevar aparejada la declaración de contratos indefinidos, tal como se recoge en la jurisprudencia”.

Sin embargo, las irregularidades formales en relación con la celebración del contrato de trabajo no implicarán, según indica la **STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 2985, la declaración de fraude de ley en la contratación y, por ende, la conversión en indefinido del contrato pactado por obra o servicio determinado. Y ello porque aunque el contrato no especifique con precisión y claridad la causa de la temporalidad “ex artículo 9 del Real Decreto 2720/1998, se ha acreditado la temporalidad del vínculo, que enerva la presunción de fijeza derivada de las irregularidades en la forma de los contratos”.

En relación precisamente con la posibilidad de enervar la presunción de indefinición del contrato, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2002**, I.L. J 3074, viene a declarar en un supuesto en el que el contrato no especificaba la causa de la temporalidad (más allá de la referencia literal al “exceso de pedidos”) que no puede desvirtuarse la presunción:

“(…) no existiendo dato alguno del inicio de la causa que lo justificase, ni de la permanencia continuada de la misma a lo largo de su desarrollo, habiendo llevado a cabo la empresa demandada los pedidos propios de su actividad, con fluctuaciones constantes del período a que se contrae la contratación de la actora, que eliminan la concurrencia efectiva de un aumento específico e individualizado en la cantidad de trabajo, que viniese a justificar la contratación”.

En fin, la **STSJ de Valencia de 11 de marzo de 2002**, I.L. J 2772, resuelve un supuesto de falta de firma de contrato –concretamente un contrato eventual– por negativa de la trabajadora, considerando que:

“(…) la trabajadora, que fue dada de alta en Seguridad Social el mismo día que inició su prestación, no aceptó firmar el contrato que le fue presentado al día siguiente, y esa falta de suscripción formal de una relación laboral cuya intención era que durase en principio tres meses no puede convertir a la prestación de servicios en indefinida”.

De acuerdo con ello, concluye la resolución que no es posible aplicar en un caso como el señalado las consecuencias de la contratación temporal en fraude de ley, dado que “dichas consecuencias no pueden atribuirse a una relación, prevista en un marco de temporalidad cuya legalidad no se ha discutido, y que la propia trabajadora no ha aceptado, sin que consten motivos que justifiquen la negativa de su firma”.

c) Tratamiento de la extinción contractual

En materia de peculiaridades de la extinción contractual, debemos detenernos en el comentario de varias resoluciones que abordan, por una parte, la cuestión relativa a los

IV. Modalidades de Contratación

efectos que sobre la extinción del contrato tienen el hecho de que el trabajador se encuentre en situación de IT; por otra, el tratamiento que debe darse a la extinción contractual en supuestos de sucesión de contratos temporales; y, en tercer lugar, el tema de los efectos pactados en el convenio de la declaración de improcedencia del despido llevado a cabo cuando se considera que concurre fraude de ley en la contratación temporal a través de sucesivos contratos.

En primer término, la **STSJ del País Vasco de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 2959, resuelve que vigente una relación de trabajo concertada a través de un contrato eventual por circunstancias de la producción y habiendo pasado el trabajador a situación de IT por accidente de trabajo, “la baja en la Seguridad Social del mismo equivale a la voluntad empresarial de poner fin a la relación laboral que les vinculaba antes de la fecha pactada en el contrato”. Ello constituye un despido que debe calificarse de improcedente, determinando que los efectos del mismo deben quedar limitados hasta el día en que finalizaba el contrato temporal suscrito.

En segundo término, la **STSJ de Andalucía de 18 de diciembre de 2002**, I.L. J 2725, entra a valorar que se ajusta a derecho la finalización de una relación laboral concertada a través de sendos contratos temporales (el primero de ellos, un contrato eventual por circunstancias de la producción, y el segundo, un contrato por obra o servicio determinado) cuando ambos fueron pactados de acuerdo con la legalidad vigente:

“(…) al tener causa los contratos temporales de referencia, no puede entenderse que se haya producido el fraude de ley preciso para, novando la relación y haciéndola indefinida, posibilitar la existencia del despido. Y es que esta Sala no ignora que si la primera contratación lo fue en fraude de ley, sin perjuicio de que la posterior fuera o no ajustada a derecho, ha de entenderse que existe una relación laboral de duración indefinida, careciendo de virtualidad las posibles novaciones lo que, en el caso que se enjuicia, no ocurre por cuanto, tanto el primer vínculo como el segundo, se ajustan a Derecho (…)”.

En tercer lugar, la **STSJ del País Vasco de 12 de noviembre de 2002**, I.L. J 3167, tras declarar el carácter indefinido de la relación laboral de un trabajador contratado a través de sucesivos contratos temporales concertados sin concurrencia de causa, considera improcedente el despido del trabajador y entiende que se ajusta a derecho la readmisión preceptiva del mismo, sin que entre en juego la opción empresarial, puesto que así se ha establecido en el convenio aplicable. Concretamente la resolución se remite a la STS de 26 de diciembre de 2000, que reconoce la legalidad de la posibilidad de que convencionalmente así se pacte.

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y FIJOS DISCONTINUOS

A) Contrato a tiempo parcial

Una primera aportación se relaciona con el uso de contratos de relevo en la Administración pública. En la **STSJ de Madrid de 25 de octubre de 2002**, I.L. J 2545, en

la que se rechaza el derecho de un trabajador del Ministerio de Defensa a una reducción de jornada del 85 por ciento y a la paralela suscripción de un contrato de relevo. El Tribunal concluye que el artículo 12 ET faculta a la empresa para realizar este tipo de contratación, “pero nunca la obligación de contratar a otro trabajador, teniendo siempre en el caso de la Administraciones Públicas las limitaciones establecidas en la Ley de presupuestos”.

Por otra parte, destaca el interés de la **STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2002**, I.L. J 2566. En ella se reconoce el carácter indefinido y, sobre todo, a jornada completa de una relación laboral pactada a tiempo parcial. Ello deriva de la aplicación de la consecuencia contenida en el artículo 12.4 ET por fraude en la contratación a tiempo parcial al realizarse reiteradamente horas extraordinarias por encima del horario pactado.

B) Contrato fijo discontinuo

Ante todo, y aun cuando se ocupa de Seguridad Social, es preciso destacar la **STS de 5 de febrero de 2003** (recurso 2361/2002) que sienta doctrina general sobre la acreditación de la situación legal de desempleo en los supuestos de trabajadores fijos discontinuos por finalización de campaña. El Tribunal estima que en el caso de “interrupción” entre campañas no es exigible para esta acreditación un expediente de regulación de empleo (requisito que sí es aplicable en cambio, en otras causas de suspensión), bastando la certificación empresarial en que conste la finalización de la campaña junto con el contrato de trabajo.

Además, debe reseñarse la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de diciembre de 2002**, I.L. J 2741. En la misma se declara que no constituye despido improcedente, sino suspensión de los contratos de trabajo de los trabajadores fijos discontinuos la situación derivada de la no superación del reconocimiento médico previo a la ocupación de un puesto de trabajo en una determinada campaña de prevención y extinción de incendios forestales. Esta suspensión derivaría del convenio colectivo aplicable, donde se reconocería el derecho al llamamiento para campañas posteriores.

5. CONTRATOS FORMATIVOS

Al abordar el examen de la doctrina en relación con estos contratos, cabe destacar por sus efectos la **STS de 10 de febrero de 2003** (recurso 2355/2002), que admite expresamente que en un contrato para la formación, no existe incumplimiento total de la obligación de impartir formación teórica por hacerlo a través de un centro a distancia homologado. Esta interpretación se sienta claramente en los siguientes términos:

“(…) pudiera ser que la empresa hubiera acudido a las enseñanzas de un centro de educación a distancia en supuesto no autorizado expresamente por la Ley (casos de inexistencia de centros o cursos apropiados en horario compatible con el de trabajo). Pero ello

IV. Modalidades de Contratación

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 este período, el resto de pronunciamientos también inciden en las obligaciones formativas de este tipo de contratos. Así, por una parte, la **STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2953, aplica la presunción de indefinidos de los contratos celebrados en fraude de ley derivada de la falta de conexión entre el puesto de trabajo contratado para la formación (de soldador) y el trabajo efectivo desarrollado (instalación de ventanas P.V.C.) Por otra parte, la **STSJ del País Vasco de 12 de noviembre de 2002**, I.L. J 3171, confirma una infracción administrativa grave por incumplimiento de las obligaciones de formación, al no proceder la empresa a matricular al trabajador en ninguna formación.

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Contratos laborales y contratos administrativos

La **STSJ de Madrid de 4 de octubre de 2002**, I.L. J 2945, examina la sucesión de relaciones contractuales de dos trabajadoras con un Ente público. El Tribunal sitúa las contrataciones de las trabajadoras, que colaboraban en la gestión administrativa de subvenciones, en el marco de los contratos administrativos “complementarios para el funcionamiento de la Administración” que, como critica la sentencia, ampliamente se posibilitan en el RD Leg. 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas. Sin embargo, la última vinculación se reputa como una relación laboral indefinida al no cumplirse los requisitos de documentación exigidos en la ley mencionada para suscribir este tipo de contratos administrativos. En cambio, como ocurre por ejemplo en la **STSJ de Aragón de 2 de diciembre de 2002**, I.L. J 2848, si se cumplen los requisitos establecidos en la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, la contratación se reputa administrativa.

En la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 14 de octubre de 2002**, I.L. J 2882, se abunda en la inexistencia de discriminación entre el personal laboral y el funcionarial en cuanto a la percepción de un incentivo, con base en el consabido argumento de la diversa condición, régimen y status jurídico de uno y otro colectivo. Además las diferencias retributivas vendrían derivadas de la aplicación de un acuerdo marco, que se habría concretado en diversas circulares para su pago a los funcionarios, pero que no había sido desarrollado paralelamente por los convenios aplicables al personal laboral.

Finalmente, la **STSJ de Galicia de 27 de noviembre de 2002**, I.L. J 3153, declara la incompetencia del orden social para conocer de una pretensión retributiva de una trabajadora que reúne la condición de funcionaria APD y de personal estatutario. El Tribunal señala que si bien los litigios relacionados con esta segunda situación son competencia del orden social, cuando la pretensión se centra en su condición de funcionaria, no es competente el orden social.

B) Contratación laboral

a) Requisitos de acceso

Aparte de algunas comentadas en relación con el inicio de la contratación, dentro del marco temporal que abarca esta crónica, varias sentencias se ocupan del orden jurisdiccional competente para conocer de impugnaciones ligadas a concursos en la Administración. En primer lugar, se reitera la doctrina de que la impugnación de las bases de una convocatoria para la selección de personal es competencia del orden contencioso-administrativo si se trata de personal de nuevo ingreso (**SAN de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 2702). Igualmente, es competencia del orden contencioso-administrativo la discusión sobre el mejor derecho a ser contratado en función del puesto ocupado en la bolsa de trabajo (**STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de abril de 2002**, I.L. J 2794) o de la puntuación otorgada por el INEM para ser contratado en la realización de obras y servicios de interés general y social (**STSJ de Murcia de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2581).

En relación con esta misma cuestión de dilucidar el orden competente, en la **STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2670, se reconoce la competencia del orden social para conocer de la pretensión de una trabajadora estatutaria a una concreta plaza como consecuencia de un concurso de traslado. El Tribunal señala que si bien es cierto que la Ley 30/1999, asigna al orden contencioso-administrativo la competencia para resolver las controversias sobre provisión de plazas y movilidad del personal estatutario de los servicios de salud, el objeto de la reclamación no era la resolución del concurso, sino una posterior decisión de movilidad interna, encuadrable dentro de las competencias del orden social.

Ya sin discutir el orden jurisdiccional competente, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de noviembre de 2002**, I.L. J 2687, deniega la pretensión de una trabajadora de participar en un concurso de traslados limitado en la convocatoria al personal laboral fijo y transferido a la Junta de Andalucía, por cuanto ésta no reunía ninguna de estas condiciones en el momento del concurso. También en relación con un concurso de traslado, en la **STSJ de Andalucía (Granada) de 26 de noviembre de 2002**, I.L. J 2690, se declara la nulidad de una corrección de errores realizada por la Administración modificando la resolución del concurso en cuanto modificaba el destino de los trabajadores. El Tribunal señalará expresamente que este procedimiento no resulta adecuado para modificar la resolución del concurso.

Por su parte, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de diciembre de 2002**, I.L. J 2742, no admite la pretensión de una trabajadora ATS/DUE de ocupar una plaza que se le había ofrecido como consecuencia de la amortización de la plaza que venía ocupando, al no haberse convocado el concurso de movilidad interna necesario para proceder a su asignación.

IV. Modalidades de Contratación

b) Irregularidades en la contratación laboral

Las sentencias recaídas en este terreno siguen la doctrina general en materia de incumplimientos. En primer término, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 13 de diciembre de 2002, I.L. J 2855, se ocupa de un supuesto de contrato de obra celebrado en realidad para la sustitución de un trabajador. El Tribunal equipara la consecuencia de la irregularidad formal, esto es, que el contrato se repunte como indefinido, con la condición de interino que efectivamente desarrolla el trabajador hasta que se cubra la plaza en propiedad. Pero además, de ello deriva el Tribunal que el trabajador goza de la condición de personal laboral con contrato indefinido, pero no de personal fijo estatutario, lo que determina que carece del derecho a cobrar el complemento de antigüedad que sí se reconoce a estos últimos.

La consideración de una relación como fija discontinua y no como eventual, comporta que en el caso de trabajadores de la Administración pública, se declare la relación laboral indefinida (no fija de plantilla) pero de carácter discontinuo (STSJ de Andalucía, Málaga, de 27 de septiembre de 2002, I.L. J 2980). Debe reseñarse, por lo demás, la STSJ de Madrid de 4 de octubre de 2002, I.L. J 2527, que desestima la pretensión de fijeza de una relación con el organismo público de Correos y Telégrafos.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER
AMPARO ESTEVE SEGARRA

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

Sumario:

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

a) Plus de polivalencia. b) Plus de peligrosidad. c) Plus de disponibilidad. Unificación de doctrina. B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Diferencias retributivas en función de la fecha de ingreso en la empresa: tres ejemplos prácticos.

Unificación de doctrina. C) Fondo de Garantía Salarial. a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: conciliación previa a la demanda.

b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: no procede.

Expedición de testimonio de la resolución judicial en la que se declare la extinción del contrato de trabajo, a que se refiere el art. 25.4.c) del RD 505/1985, de 6 de marzo.

c) Responsabilidad: no procede. Salarios de tramitación pactados por empresa insolvente en conciliación extrajudicial. d) Responsabilidad: despidos objetivos e insolvencia empresarial.

No es necesario analizar si era vía apta la del art. 52.c) ET. **2. Jornada de trabajo.** A) Horas extra.

a) Cómputo en la base reguladora de Accidente de Trabajo. B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. a) Injustificadas. b) Nulas. C) Turnicidad. a) Discriminación.

Inexistencia. b) V Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía. **3. Pacto de permanencia. 4. Clasificación profesional.**

A) Procedimiento de establecimiento de un sistema de clasificación profesional en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado.

B) Titulación, funciones y encuadramiento profesional del trabajador. C) Proceso de clasificación profesional. a) Objeto del proceso sobre clasificación profesional. b) Proceso de clasificación profesional, trabajadores de Parques Nacionales y Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado. c) Clasificación profesional y recurso de suplicación. D) Régimen de ascensos. **5. Movilidad funcional.** A) Movilidad funcional ex

Convenio colectivo y exclusión de la aplicación del art. 39 ET. **6. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.** A) Extinción contractual. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. B) Conflicto colectivo. Calendario laboral. Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Estimatoria. C) Rescisión contractual

de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Estimatoria. C) Rescisión contractual

de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Estimatoria. C) Rescisión contractual

de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Estimatoria. C) Rescisión contractual

indemnizada. Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. D) Tutela de derechos fundamentales. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Multa pecuniaria al Sindicato accionante. E) Telefónica. Conflicto colectivo. Estimación. Derecho de determinados trabajadores a seguir prestando sus servicios en las condiciones de horario, guardias y turnos anteriores a las modificaciones implantadas por la empresa. F) Conflicto colectivo. Modificación no sustancial de condiciones de trabajo. Facultad empresarial en base al *ius variandi*. G) Modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva. Decisión injustificada no nula. Reducción de jornada laboral de 39 horas a 32,5 y 35 horas. Conflicto colectivo. H) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nulidad. Conflicto colectivo. Alteración de horario y reducción salarial. **7. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria: Prórroga. B) Excedencia voluntaria. Reingreso. Caducidad. C) Excedencia por cuidado de hijos. D) Determinación de la categoría profesional en los supuestos de reingreso. E) Excedencia voluntaria y prestación de servicios de similar actividad. F) Excedencia. Trabajadora interina nombrada Teniente-Alcalde. G) Excedencia voluntaria. Derecho al reingreso. H) Excedencia forzosa. Concejal. **8. Suspensión del contrato de trabajo.** A) Suspensión del contrato de trabajo: riesgo durante el embarazo.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 13 a 16 de 2002 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 2464 a J 3178).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Plus de polivalencia

El plus de polivalencia cumple la función de remunerar la adjudicación al trabajador de funciones propias de categorías profesionales recogidas en distinto grupo o subgrupo. En relación a este complemento salarial, interesa determinar a qué categoría profesional le corresponde el manejo de la máquina *Ultimate*, ya que si se considera que es propio de los encargados de control de imagen no procedería el reconocimiento del plus, debido a que el trabajador estaba realizando prestaciones de una categoría profesional encuadrada en el mismo subgrupo profesional de la categoría que ostenta, en tanto que si se considera que es propio de los Ayudantes Técnicos mezcladores, procederá el reconocimiento de dicho

plus, ya que estaría realizando funciones de una categoría encuadrada en otro subgrupo profesional. Queda acreditado que el trabajador utiliza con habitualidad la máquina Ultimatte, habiendo realizado un curso para su manejo. Inicialmente la mezcla la realizaban los mezcladores, pero, con la introducción de nuevas tecnologías la realizan también los encargados de control de imagen. De todo lo expuesto, se deduce que el manejo de la máquina ultimatte se incluye entre las funciones que corresponden al encargado de control de imagen, que se vale de dicha técnica para la realización de las mismas, de tal manera que, integrándose dicha categoría profesional en el mismo subgrupo profesional, el 13, al que pertenece el trabajador, en su calidad de operador de imagen, no procede el abono del plus de polivalencia en aplicación del art. 7.2 del Convenio Colectivo de RTVE (STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2002, I.L. J 2821).

b) Plus de peligrosidad

El plus de peligrosidad constituye un típico complemento de puesto de trabajo que resarce al trabajador del carácter especialmente peligroso del puesto desempeñado, ya que comprende un riesgo ajeno a la categoría profesional del trabajador. El plus de peligrosidad aparece subordinado a la incidencia en el desempeño de la labor que es propia de un determinado puesto de trabajo, de unas condiciones circunstanciales de riesgo nunca inherentes al trabajo propio de dicho puesto, ya que de ser así la compensación económica por las características inherentes al cargo habría de otorgarse a través de conceptos retributivos diferentes. Resulta circunstancial y variable la estimación de tales condicionamientos de forma tal que si no se deduce la existencia de ese riesgo añadido y compensable, no puede ser concedido aun cuando, en otro período en que aquéllas sí concurrieron, se haya dado.

Aplicando estos parámetros básicos, a la trabajadora con la categoría de monitora de residencia no le corresponde la percepción de tal plus en tanto en cuanto no se tienen como probadas circunstancias excepcionalmente penosas, tóxicas y peligrosas que, más allá del riesgo propio de su profesión, le hagan acreedora de lo que demanda. Sí se le ha reconocido el plus de penosidad. El que se tenga como probado que los menores acogidos en su Centro sufran enfermedades tales como oligofrenias en distintos grados, ceguera, parálisis cerebral, etc., lo que se ha traducido en heridas, rotura de ropas, gafas, etc., no constituye la excepcionalidad referida por cuanto el cuidado de dichos jóvenes es lo que justifica la existencia del Centro Educativo Especial de que se trata. Al igual que se ha mantenido para los Centros de Reforma de Menores las aisladas y contadas agresiones físicas que los menores puedan protagonizar, no justifican el reconocimiento del plus de peligrosidad por cuanto el riesgo del trato con los citados menores es consustancial con la profesión de quien es su educador y la retribución de esa penosidad/peligrosidad ha de hacerse por los cauces ordinarios (STSJ de Andalucía, Granada, de 26 de noviembre de 2002, I.L. J 2832).

Por el contrario, sí se debe reconocer la percepción del plus de peligrosidad a la trabajadora con la categoría de Asesor Técnico de Valoración que desarrolla su trabajo en el Instituto Andaluz de Servicios Sociales, en concreto, en el Centro de Orientación y

Valoración (Centro Base de Minusválidos) de Granada, puesto que la misma, al menos en el tiempo reclamado, ha realizado su trabajo en unas condiciones que en absoluto pueden considerarse predicables de las que son comunes en la profesión médica, ya que ha atendido a enfermos de Sida, hepatitis, tuberculosis y otras enfermedades contagiosas, sin que en el Centro Base de Minusválidos donde trabaja haya habido ninguna medida protectora o correctora de la posibilidad de contagios, y esta circunstancia, unida a otras, como ha sido el examen de enfermos psíquicos, drogodependientes y marginales, con los riesgos a ello inherentes, más aun cuando no ha contado con personal auxiliar colaborador. Todo lo expuesto ha de llevar a reconocer el derecho de la trabajadora a que le sea abonado el referido plus en la cantidad que concreta y por el período que reclama, pero no permite, sin embargo, acceder a la pretensión de que se reconozca el derecho a seguir percibiendo dicho plus en el futuro, ya que tal derecho estará subordinado a las condiciones en que la trabajadora desarrolle su actividad laboral en cada momento (STSJ de Andalucía, Granada, de 3 de diciembre de 2002, I.L. J 2720).

El trabajador con categoría de vigilante jurado que percibiera plus de peligrosidad pese a no portar armas mantiene su derecho a este plus tras la subrogación empresarial por cuanto dada la habitualidad, regularidad, persistencia en el tiempo en la percepción del complemento, que ha tenido su origen en una concesión voluntaria y unilateral del empresario, no puede ser alterada ni suprimida unilateralmente, ya que ello significaría tanto como una modificación sustancial de las condiciones en que se halla configurada la relación laboral entre las partes. Ello, sin perjuicio de que, en el futuro, se establezca una equitativa compensación de la indicada condición más beneficiosa o se acomodara a las exigencias de la cláusula *rebus sic stantibus*, conforme a la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo o se alcance otro acuerdo o se produzca su neutralización por una norma posterior, legal o pactada, que altere la situación anterior con algún beneficio o utilidad de análogo significado (STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 4 de octubre de 2002, I.L. J 2878).

c) Plus de disponibilidad. Unificación de doctrina

El exceso de jornada cuando la misma está pactada en el Convenio Colectivo y retribuida por el complemento de disponibilidad, siempre que no se rebase las 40 horas semanales en total, impide su reclamación en concepto de horas extras. En otro caso, existiría una doble percepción de las 5 horas semanales que, tanto si se realizan realmente como si no, vienen cobrando los trabajadores sujetos a esta modalidad: una por la vía del mayor porcentaje de la base salarial para esta modalidad, y otra por la del recargo correspondiente a las horas extraordinarias (STS de 3 de diciembre de 2002, u.d., I.L. J 2589; criterio ya establecido en la STS de 26 de septiembre de 2001, u.d., I.L. J 2177 y SSTs de 19 de abril y 18 de junio de 2002, u.d., I.L. J 986 y 1393).

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Diferencias retributivas en función de la fecha de ingreso en la empresa: tres ejemplos prácticos. Unificación de doctrina

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

Ejemplos de tales prácticas se han visto con anterioridad en la STSJ de Cataluña de 18 de julio de 2000, I.L. J 1831, referida al plus de actividad; SSTs de 17 de junio y de 25 de julio de 2002, I.L. J 1306 y 1511, relativas a la doble escala de retribución de la antigüedad; STC de 20 de mayo de 2002, I.L. J 859, diferentes niveles de retribución dentro de la misma categoría profesional con acceso progresivo por el paso del tiempo –Caso “Volkswagen”; STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2001, I.L. J 3145 y STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 3 de julio de 2002, I.L. J 1812, abono de compensación económica por trabajar en festivos –Caso “El Corte Inglés”; STSJ de Valencia de 24 de enero de 2002, I.L. J 2043, diferente forma de cálculo del complemento de calidad; STSJ de Andalucía, Málaga, de 30 de mayo de 2002, I.L. J 1743, plus de residencia. En esta ocasión, se brinda la posibilidad de analizar tres nuevos supuestos, alcanzando uno de ellos el grado de unificación de doctrina.

En el primero de los supuestos se plantea cuestión relativa a la justificación o no de determinadas diferencias retributivas establecidas en acuerdo colectivo, en función de la fecha de ingreso o admisión al trabajo (en el caso, a partir de 1 de enero de 1994), entre trabajadores de la misma empresa (dedicada a transporte de mercancías) y de la misma categoría profesional (conductores).

Para resolver esta problemática se tienen en cuenta las siguientes circunstancias. La empresa demandada, radicada en Irún, ha llevado a cabo un amplio plan de reordenación productiva a raíz de la supresión el 31 de diciembre de 1991 (fecha límite del período transitorio previsto en el Acuerdo de Adhesión a la CEE) de puesto fronterizo situado en dicha localidad. El citado plan de reordenación productiva comportó en los años 1992 y 1993 una congelación de salarios del personal empleado a la sazón, incluyó la conversión de trabajadores eventuales en fijos y ha contribuido a un fuerte creci-

miento de la actividad empresarial y a la generación de numerosos puestos de trabajo. El acuerdo o pacto de empresa en litigio introduce diferencias retributivas entre los conductores que estaban empleados antes de 1994 y los contratados después, cuyo título es la conservación de las condiciones más beneficiosas disfrutadas por los primeros. Tales diferencias de remuneración se refieren a tres complementos o conceptos remuneratorios, que son el plus de kilometraje o producción, el plus de carga y descarga y las dietas de los domingos y festivos. La diferencia retributiva en el plus de kilometraje consiste en que a los conductores antiguos se les abona tal complemento desde el primer kilometraje recorrido, y a los más modernos a partir del kilómetro 4.701. El llamado plus de carga y descarga tuvo en su momento como hecho causante las operaciones de enganche y desenganche de remolques, pero en la actualidad tales operaciones no se realizan ya porque toda la flota de camiones dispone de mecanismos hidráulicos o eléctricos de carga y descarga. Los conductores empleados antes de 1994, que son doce de un total de sesenta, conservan el derecho a percibir dieta completa cuando llegan o salen de viaje en tarde o noche de domingos o festivos, mientras que los contratados luego se atienen al acuerdo de empresa vigente a partir de dicho año 1994, según el cual en tal circunstancia corresponde sólo media dieta. Las condiciones pactadas en el acuerdo de empresa vigente a partir de 1994 son superiores en todo caso a lo dispuesto en el convenio de transporte de mercancías por carretera de Guipúzcoa.

La **STS de 12 de noviembre de 2002**, u.d., I.L. J 2467, señala al respecto que constituye doctrina jurisprudencial reiterada (SSTS de 18 de diciembre de 1997 y 17 de mayo de 2000, 3 de diciembre de 2000) que la fecha de ingreso o admisión en la empresa no es un motivo genérico de discriminación o una circunstancia personal o social de tal carácter que se haya incluido en la lista tasada del art. 14 de la CE o en la relación más amplia de “discriminaciones favorables o adversas” en el empleo y en las condiciones de trabajo de los artículos 4.2.c) y 17.1 LET. Sentada esta premisa, continúa el Supremo, las diferencias de trato entre trabajadores en función de la fecha de ingreso en la empresa establecidas en convenios o acuerdos colectivos pueden ser lícitas o ilícitas, de acuerdo con reiterada jurisprudencia constitucional (STC 2/1998, de 12 de enero, y las que en ella se citan), según estén o no basadas en una justificación objetiva y razonable.

En el presente caso, afirma el Tribunal Supremo, se da una doble justificación objetiva para la diferencia de trato establecida. La primera es que los empleados de más antigüedad han contribuido a los actuales resultados productivos de la empresa durante más tiempo, habiendo soportado incluso en su momento, en el caso concreto de la sentencia recurrida, las dificultades de una situación de crisis que dio lugar a la congelación de los salarios. La segunda es que el plan de reordenación productiva acordado contiene aspectos sociales que, como requiere la STS de 3 de diciembre de 2000, han resultado directamente favorables para los propios trabajadores de nuevo ingreso en forma de oportunidades de empleo y de conversión de empleo eventual en empleo fijo.

Concurre también en el litigio una justificación razonable para la diferencia de trato establecida entre los empleados antiguos y los modernos. De un lado, la consolidación a título

V. Dinámica de la Relación Laboral

lo personal de las condiciones más beneficiosas que se venían disfrutando con anterioridad sólo es factible respecto de los trabajadores antiguos. Y de otro lado tal diferencia de trato responde a un criterio lógico y muy frecuentemente utilizado en la práctica de las relaciones laborales, que es el criterio de la condición más beneficiosa o de mantenimiento de derechos o expectativas del trabajador en materia de condiciones de trabajo y empleo.

En el segundo supuesto la empresa y los representantes de los trabajadores suscribieron con fecha 7 de diciembre de 1979 un acuerdo laboral que venía a poner fin a un conflicto colectivo acordando en su apartado segundo que durante el año 1979 la empresa entregará a los trabajadores dos pagas extraordinarias de 11.400 pesetas cada una. Dichas pagas extraordinarias se han venido aplicando en la empresa con los incrementos salariales que cada año se daban en los salarios, pero a partir de 1986 dejó de abonarse a todos los trabajadores conservando sólo las mismas como garantía personal los trabajadores que estaban de alta en la empresa con anterioridad a 1986.

La STSJ de Navarra de 18 de diciembre de 2002, I.L. J 2825, entiende ajustada a derecho tal práctica empresarial argumentando que “el devengo de las pagas de septiembre y diciembre por los trabajadores que ingresaron en la empresa demandada antes de 1986 constituye una condición más beneficiosa que, si bien ha de ser respetada por el empresario en los mismos términos de su concesión y hasta tanto no se produzca una causa de extinción, tampoco puede tener más extensión subjetiva que la que diera el acuerdo de su concesión. Y no existiendo dato fáctico alguno del que pueda deducirse el carácter indefinido y para todos los trabajadores del beneficio concedido, los demandantes no pueden pretender su devengo pretextando una supuesta discriminación que no se produce, al no existir otra diferencia que la derivada del respeto de la condición más beneficiosa de los trabajadores con más antigüedad y que no se conceda a los que ingresaron con posterioridad al año 1986”.

Finalmente, el relato fáctico del tercer supuesto. En el mes de enero de 2001 la empresa “Grupo Antolín Aragusa” cambió el lugar de sus instalaciones, trasladando algunas máquinas de las que existían en su anterior sede y adquiriendo otras nuevas, a fin de efectuar una remodelación en su proceso productivo dado que existía un problema de deficiencia de calidad, conllevando dichos cambios que la gran mayoría de los trabajadores pasaron a realizar una actividad completamente nueva para ellos, aunque contaban con la preparación general en la empresa, teniendo en cuanto al puesto de trabajo concreto las mismas dificultades que podía tener un trabajador de nuevo ingreso. Hasta el mes de enero de 2001 existía en “Grupo Antolín Aragusa” un período de adaptación de 15 días para los trabajadores que se incorporaban a la empresa, percibiendo durante ese período una prima de producción correspondiente a una actividad de 100, y pasando posteriormente a percibir una prima de producción correspondiente a un mínimo de actividad 100 y además un plus en cuanto a la citada prima si se sobrepasaba ese mínimo con el límite de 120, siendo así que en el mes de febrero de 2001 la Sección de Métodos y Tiempos de la empresa procedió a efectuar evaluaciones que le llevaron a realizar cambios en los procesos productivos, lo que conllevó cambios en el período de adaptación que se consideraba necesario, fijando éste en año y medio, decidiendo mantener a los trabajadores que ya

venían prestando servicios para la empresa el mismo nivel de plus de productividad que venían percibiendo, para lo que se efectuó un promedio de dicho concepto y se fijó en 120 para todos ellos, aplicando únicamente a los trabajadores de nuevo ingreso en la empresa el período de adaptación de año y medio, durante el cual perciben una prima de producción correspondiente a una actividad de 100, y a partir del transcurso de ese período pasan a percibir el plus de productividad si se sobrepasa el mínimo de 100, con el límite de 120, existiendo en la actualidad máquinas en la empresa en las que aún no han sido evaluados los niveles exigibles y óptimo de actividad.

La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 12 de diciembre de 2002, I.L. J 2739, establece al respecto:

“En el caso que nos ocupa, ciertamente con la modificación establecida se ha producido un trato distinto entre los trabajadores contratados con anterioridad a enero de 2001 y los que se contraten con posterioridad a dicha fecha, pero dicha diferencia no constituye un trato discriminatorio dado que si bien tanto unos como otros tienen que adaptarse a las nuevas máquinas, por el contrario el trabajador contratado a partir de enero de 2001, además tiene que adaptarse a la totalidad de la estructura general de la empresa, adaptación que ya posee el trabajador que lleva más tiempo prestando servicios en la empresa, apreciándose en consecuencia una distinta situación entre unos trabajadores y otros, y por lo tanto, no existiendo una identidad total en la situación de los trabajadores anteriores a enero de 2001 y los contratados con posterioridad a dicha fecha, el trato distinto no es constitutivo de discriminación.”

C) Fondo de Garantía Salarial

a) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: conciliación previa a la demanda

Las SSTSJ de Cataluña de 27 de septiembre, 18 de octubre y de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 3030, 2887 y 2553, respectivamente, aplica la reciente doctrina unificada del TS, plasmada en STS de 11 de marzo de 2002, I.L. J 570, 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.

En la STS mencionada, cuya doctrina aplica el TSJ de Cataluña, señaló el TS que la interrupción de la prescripción frente al empresario, contra quien se dirige la acción como obligado principal, efectivamente se produce por la presentación de la papeleta de conciliación, tal como resulta del art. 65 LPL, por constituir la misma una exigencia pre-procesal impuesta por el citado precepto, previa a la presentación de la demanda, constituyendo una aplicación especial de lo dispuesto en el art. 1973 del Código Civil como reclamación extrajudicial del acreedor que interrumpe la prescripción, lo que surte efecto frente al FOGASA, en su condición de posible responsable subsidiario, del mismo

V. Dinámica de la Relación Laboral

modo que también al mismo le beneficia, en su caso, la prescripción de la acción de los trabajadores frente al empresario.

b) Interrupción del plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA: no procede. Expedición de testimonio de la resolución judicial en la que se declare la extinción del contrato de trabajo, a que se refiere el artículo 25.4.c) del RD 505/1985, de 6 de marzo

La STSJ del País Vasco de 19 de noviembre de 2002, I.L. J 3172, señala que el hecho de que el artículo 25.4.c) del RD 505/1985, de 6 de marzo, establezca que la solicitud ante el FOGASA de prestación por indemnización empresarial no abonada, debe acompañarse de testimonio de la resolución judicial en la que se declare la extinción del contrato de trabajo, no supone que el plazo de prescripción para reclamar el abono de esta prestación, comience a computarse a partir del momento en que se expide dicho testimonio, en tanto que el derecho a reclamar del FOGASA nace a partir de la declaración de insolvencia empresarial, y es éste el *dies a quo* para ejercitar tal derecho, mientras que el testimonio judicial es una simple forma de acreditar que ha tenido lugar el hecho que genera la responsabilidad subsidiaria del FOGASA y el momento en que ha tenido lugar tal hecho.

En esta misma Sentencia se señala, además, que la expedición de un testimonio por parte de un órgano judicial, ni puede calificarse de actividad jurisdiccional propiamente dicha, ni tiene incidencia alguna sobre los derechos procesales de las partes, y que, aún en la hipótesis de que tal testimonio pudiera considerarse actividad de carácter jurisdiccional, no por ello podría considerarse interrumpido, en este caso, el plazo de prescripción para reclamar contra el FOGASA, en tanto que, según señala el artículo 1969 del Código Civil, la prescripción de un derecho, a falta de disposición expresa en contrario, comienza a correr desde el día en que pudo ejercitarse la acción de reclamación del mismo. Siendo así, y teniendo en cuenta que la prestación que se reclama pudo ejercitarse desde el momento de la declaración de insolvencia, y que desde ese mismo momento pudo solicitarse el testimonio judicial correspondiente, el retraso en la obtención de un testimonio, por causas sólo imputables a quien lo requirió, no puede invocarse como causa eficaz para eludir el cumplimiento del plazo previsto en el artículo 33 ET.

c) Responsabilidad: no procede. Salarios de tramitación pactados por empresa insolvente en conciliación extrajudicial

En el supuesto que resuelve la STS de 26 de diciembre de 2002, I.L. J 2716, se plantea si el FOGASA debe o no responder, en caso de insolvencia empresarial, de los salarios de tramitación pactados entre la empresa y los trabajadores en conciliación administrativa pre-procesal, tras reconocer la empleadora la improcedencia de los despidos de dichos trabajadores.

El TS concreta que, por razones de temporalidad, el precepto objeto de interpretación y aplicación es el artículo 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 artículo 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 especifica-

V. Dinámica de la Relación Laboral

mente 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 artículo 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.

d) Responsabilidad: despidos objetivos e insolvencia empresarial. No es necesario analizar si era vía apta la del artículo 52.c) ET

La STSJ de Aragón de 18 de diciembre de 2002, I.L. J 2733, concreta que el derecho a obtener del FOGASA, por insolvencia empresarial judicialmente declarada, el abono de la indemnización derivada de despidos objetivos del art. 52.c) ET, con los límites señalados en el art. 33.2 ET, no está condicionado por el resultado de analizar si, en el caso concreto, era vía apta la del art. 52.c) ET para los actos extintivos que afectaron a los trabajadores, sino que es suficiente que los interesados fueran destinatarios de un despido objetivo y que demandaran de la empresa la indemnización que estimaban debía abonarles, obteniendo sentencia firme estimatoria en el proceso seguido frente a la empresa, posteriormente declarada insolvente.

2. JORNADA DE TRABAJO

A) Horas extra

a) Cómputo en la base reguladora de Accidente de Trabajo

Aun cuando las horas extraordinarias se realizaran diariamente en un módulo de tiempo fijo (todos los días 1 o 2 horas) no por ello pierden el carácter de retribución extraordinaria. Procede, por ello, y a efectos de base reguladora de la Incapacidad Permanente, tratarlas como si de pluses y retribuciones complementarias se tratara.

Ésta es la doctrina que se contiene en la STSJ de Cataluña de 10 de diciembre de 2002, I.L. J 2802, que sitúa las horas extraordinarias devengadas periódicamente dentro del apartado f) del artículo 60 del Reglamento de Accidentes de Trabajo y no dentro del apartado a) de la referida norma.

Ello trae como consecuencia, que las horas extraordinarias sean un módulo más que se suma al salario diario y cuya cuantía se obtiene de la siguiente manera: suma del importe devengado en el último año, dividido por número de días trabajados efectivamente en la empresa a la que pertenezca el accidentado, y multiplicado por 273 (o número de días laborables en la actividad de que se trate).

B) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo**a) Injustificadas**

La **STSJ de Aragón de 23 de noviembre de 2002**, I.L. J 2963, califica como “injustificada” y no nula la decisión de la empresa “Telefónica de España, SA” de reducir la jornada de varios trabajadores afectados a distintos centros de trabajo de 39 horas a 35 o a 32 horas y media, según los casos.

Citada Sentencia considera acreditado la celebración del período de consultas por lo que no procede la calificación de la decisión empresarial como nula, habida cuenta de que citada calificación se encuentra limitada en los artículos 41.4 del Estatuto de los Trabajadores y 138.5 de la Ley de Procedimiento Laboral, a aquellas decisiones que se adoptan en fraude a ley, eludiendo las normas establecidas para las modificaciones de carácter colectivo previstas en el propio artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

b) Nulas

Varios son los pronunciamientos judiciales que sancionan con la nulidad determinadas modificaciones relacionadas con el horario o la jornada de los trabajadores sin respetar el procedimiento previsto en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Cabe citar, en este sentido, la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002**, I.L. J 2810, la cual analiza la modificación introducida con motivo de la elaboración del calendario laboral consistente en reducir la jornada laboral diaria en varios minutos y, en consecuencia, reducir también los días festivos que los trabajadores disfrutaban como compensación a ese exceso de jornada.

La Sentencia que comentamos, considera que nos encontramos ante una modificación de carácter “sustancial”, y sanciona con la nulidad esta modificación al no haberse consultado previamente con la representación social, ordenando reponer a los trabajadores en idénticas condiciones que las que disfrutaban con anterioridad a la modificación.

Igualmente, se califica como nula por la **STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2002**, I.L. J 3023, la decisión empresarial consistente en la reducción a la mitad de la hora de toma y deje del servicio en una empresa de autobuses, sin consultar previamente con la representación de los trabajadores. Citadas horas de toma y deje del servicio son encuadradas por la resolución judicial que comentamos en el concepto de “tiempo de presencia”, ya que el convenio colectivo define como tal, aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta u otras similares.

V. Dinámica de la Relación Laboral

Se rechaza, así, la tesis empresarial de que citada jornada sean horas extraordinarias; en consecuencia, al tratarse de una modificación relativa a la regulación de la jornada, sin haber dado traslado a la representación legal de los trabajadores, es sancionada con la nulidad de la modificación sustancial.

En la misma línea, se va a pronunciar igualmente, la **STSJ del País Vasco de 8 de octubre de 2002**, I.L. J 2671, la cual sanciona con la nulidad la decisión de unos grandes almacenes de retrasar en una hora la entrada y salida del centro de trabajo, y dejar de considerar como tiempo efectivo de trabajo el destinado para el bocadillo.

Esta Resolución Judicial tiene de particular que la decisión de la empresa se apoyaba en la aprobación del convenio colectivo que contemplaba ya esta reducción horaria.

A pesar de ello, entiende la Sala del País Vasco, que la modificación horaria no puede ejecutarse directamente al amparo del convenio, prescindiendo del procedimiento regulado en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, razón por la que sanciona con la nulidad la decisión extintiva.

C) Turnicidad

a) Discriminación. Inexistencia

No entraña discriminación el sistema seguido por la empresa “Helados Miko, SA”, consistente en cubrir con trabajadores voluntarios un turno que implica trabajar en sábados y domingos, y en caso de ausencia de voluntarios, designar para este turno a los trabajadores que tengan una menor antigüedad.

Así lo manifiesta la **STSJ del País Vasco de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 2676, conforme la cual, no puede hablarse de discriminación cuando la asignación de los trabajadores es fundamentalmente voluntaria, y tan sólo en defectos de éstos, se utiliza un criterio objetivo, como lo es la antigüedad.

b) V Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía

La **STS de 26 de diciembre de 2002**, I.L. J 2651, analiza la interpretación que debe darse a los artículos 23, 24 y 54 del V Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía, en lo que se refiere a la discrecionalidad de la Administración en la imposición de la turnicidad y la retribución de ésta.

Debe señalarse con carácter previo, que esta cuestión ya había sido analizada en otra Sentencia anterior de la Sala, **STS de 28 de junio de 2002** (recurso 008/2745/2001).

Se trata en definitiva de dar respuesta al conflicto colectivo planteado por la Unión General de Trabajadores, y en el que se interesaba la condena a la Administración al esta-

blecimiento de turnos cuando se dieran las circunstancias necesarias para ello, y la prohibición del denominado “turno de tarde”, en el que no se imponía rotación alguna, y en consecuencia, no se abona el complemento de turnicidad.

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión sobre tres premisas:

1ª.- La obligatoriedad en la rotación de turnos, se establece en el artículo 24 del Convenio para los componentes del grupo laboral afectado, y no para la entidad empleadora.

2ª.- Si se ha previsto la limitación del llamado complemento de turnicidad, es porque no siempre ha de imponerse esa rotación.

3ª.- No se aprecia justificación para restringir la potestad de autoorganización del trabajo de la Administración con la imposición de turnos rotativos.

En definitiva, va a ser la facultad de autoorganización de la Administración la que impulse el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la interpretación de los preceptos señalados, con lo que se desestima la demanda de conflicto colectivo.

3. PACTO DE PERMANENCIA

Conviene recordar los presupuestos necesarios para la validez y puesta en práctica de las denominadas cláusulas de permanencia en la empresa. En primer término, se requiere que el trabajador haya recibido una especialización profesional. Este proceso de especialización lo ha de sufragar la propia empresa. La finalidad del pacto es la de poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico. Su duración está limitada como máximo a dos años. Y, por último, la cláusula debe figurar por escrito. La concurrencia de todas estas circunstancias determina la responsabilidad del trabajador que rescinde el contrato de trabajo antes de que concluya el tiempo de vigencia de la cláusula, sin causa que lo justifique, de abonar al empresario una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Expuesto lo anterior, se entra a analizar, en primer lugar, la cláusula sexta que contiene la contratación realizada por el Banco de Valencia y que dice lo siguiente: “De conformidad con lo establecido en el artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores, para el caso de que la trabajadora rescindiere, por propia voluntad, su relación laboral con el “Banco de Valencia, SA” dentro del plazo de 2 años a contar desde la fecha de formalización del presente contrato, o solicitase la concesión de excedencia laboral en el mismo plazo, vendría obligada a abonar a la empresa la cantidad de 4.650.000 pesetas, en concepto de daños y perjuicios, sin necesidad de justificarlos, cantidad esta que de mutuo acuerdo se considera invertida por “Banco de Valencia, SA” en su formación especializada”.

V. Dinámica de la Relación Laboral

La STSJ de Valencia de 19 de abril de 2002, I.L. J 2797, señala al respecto:

“En el presente caso todas esas condiciones se han cumplido, pues la cláusula contractual se acomoda a las previsiones del artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores y en ella se ha previsto una determinada indemnización a favor del empresario para el caso de ruptura *ante tempus* de la relación laboral por parte del trabajador, y consta acreditado que la demandante, en posesión del título de licenciado en Derecho, fue contratada por la entidad demandada, y con cargo a ésta durante el período comprendido entre enero de 1996 y junio de 1997 ha recibido formación específica a cargo de la entidad bancaria tendente a la obtención de formación profesional suficiente que le habilite para el desarrollo de funciones de Interventor y Director de Sucursal bancaria (hecho probado quinto de la sentencia impugnada) y dado que la demandada rescindió anticipadamente el contrato de trabajo, la cláusula convencional despliega toda su eficacia, legitimando a la demandante a penalizar económicamente tal conducta.”

No obstante, el Tribunal realiza una labor de moderación de la cláusula penal en su cuantía rebajando la misma al considerar que no es lo mismo que la trabajadora cause baja voluntaria en la empresa recién terminada la formación especializada recibida, que cause baja cuando ya ha transcurrido un tiempo, durante el cual la empresa demandada ha podido utilizar y beneficiarse de la formación facilitada a la trabajadora, ajustándose tal modulación a lo establecido en el art. 1154 del Código Civil.

Distinta solución se ofrece a otro supuesto de pacto de permanencia. El pacto de permanencia firmado por la empresa y trabajador en contrato en prácticas no supera el juicio de validez. Esta tesis se fundamenta en que tratándose de un contrato en prácticas donde lo esencial es la formación práctica, no aparece ni el proyecto determinado ni la especialización profesional exigida, lo que se suma al dato relativo a la duración del contrato, inferior al de la cláusula de permanencia (STSJ de Baleares de 30 de noviembre de 2002, I.L. J 3117).

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Procedimiento de establecimiento de un sistema de clasificación profesional en el Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado (BOE de 2 de diciembre de 1998)

La complejidad propia del establecimiento convencional de un sistema de clasificación profesional se acentúa en el caso del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, complejidad que se sitúa en el origen de multitud de pronunciamientos judiciales, entre ellos la STS de 27 de noviembre de 2002, u.d., I.L. J 2496 (recurso de casación para la unificación de doctrina 795/2002), que no obstante no entra en el fondo por apreciar ausencia del requisito de la contradicción.

Pues bien, este Convenio establece un mecanismo de establecimiento de un sistema de clasificación profesional descrito con claridad en la STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de septiembre de 2002, I.L. J 2979 (recurso de suplicación núm. 1448/2002) al hilo

del conocimiento de una reclamación de una trabajadora del Ministerio de Defensa que ostentaba la categoría profesional de subalterno pasando a ser encuadrada a la entrada en vigor de este Convenio Único en el grupo profesional 7, área funcional 3, con la categoría de ordenanza, reclamando la resolución de encuadramiento del Director General de Personal de Ministerio de Defensa por considerar más ajustada su inclusión en el Grupo Profesional 6, Área Funcional 3, como Auxiliar de Servicios Generales.

Explica la sentencia cómo el Convenio crea (art. 5) una Comisión General de Clasificación Profesional dependiente de la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Estudio y Aplicación del Convenio con la misión de establecer un “nuevo sistema único de clasificación profesional, unificando los diversos sistemas de clasificación profesional contenidos en los Convenios Colectivos sustituidos por ese Convenio Único, mediante el establecimiento de ocho grupos profesionales en los que deberían quedar encuadrados todos los trabajadores”, grupos a su vez divididos en distintas áreas funcionales comprensivas de diversas categorías profesionales. Además, el art. 16 del Convenio indicaba que el encuadramiento de los trabajadores en este nuevo sistema de clasificación profesional debería considerar no sólo su vieja categoría profesional sino también ponderar una serie de parámetros como conocimientos, experiencia, iniciativa, responsabilidad, etc. La labor de esta Comisión General de Clasificación Profesional fructificó en el Acuerdo sobre el Sistema de Clasificación Profesional del Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración del Estado (BOE de 19 de septiembre de 2000) “que encuadró todas las antiguas categorías profesionales de los diferentes Convenios Colectivos sustituidos por el Convenio Único en los diferentes grupos profesionales creados por este Convenio, atendiendo, entre otros factores, al contenido de las tareas a desempeñar, al estándar profesional y a la titulación exigida en el momento efectivo del ingreso en aquellos Convenios”.

Precisamente el desconocimiento de este procedimiento motivó la sentencia de instancia desestimando la petición de la actora y su confirmación por la Sala puesto que la decisión de encuadramiento fue una consecuencia natural de la aplicación del Acuerdo sobre el Sistema de Clasificación Profesional no siendo objeto de impugnación ni este Acuerdo ni el Convenio Único del que traía causa.

B) Titulación, funciones y encuadramiento profesional del trabajador

El correcto encuadramiento profesional del trabajador precisa atender adecuadamente la correspondencia fijada en el convenio colectivo de aplicación entre titulación y grupos profesionales así como a las concretas funciones realizadas por el trabajador. Considerando ambos, la **STSJ de Baleares de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 3113 (recurso de suplicación núm. 537/2002) entiende equivocado el encuadramiento de un guía de parques nacionales en el grupo profesional 5 del Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado (BOE de 2 de diciembre de 1998) y confirma la sentencia de instancia que estimó el encuadramiento en el grupo profesio-

nal cuatro. Como tendremos la ocasión de ver en este número de la revista, el Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado ha suscitado numerosos problemas de índole clasificatoria y este colectivo en particular, el de guías de parques nacionales, ha sido protagonista de varios de ellos.

C) Proceso de clasificación profesional

a) Objeto del proceso sobre clasificación profesional

La materia objeto de la modalidad procesal especial sobre clasificación especial es el reconocimiento de una determinada categoría profesional o clasificación profesional en general y consiguientes retribuciones, permitiendo la norma procesal acumular o no la pretensión económica por diferencias salariales a la de clasificación profesional, acción principal frente a la primera que debe considerarse como subordinada como señalara la STS de 2 de diciembre de 1999. La **STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2002**, I.L. J 3013, interpreta sobre la base de esta doctrina que “habiendo en su día formulado (el actor) demanda sobre clasificación profesional, juicio seguido bajo la modalidad de procedimiento especial, no puede ahora acudir al presente procedimiento ordinario” para reclamar las diferencias salariales, razón que sumada al efecto de cosa juzgada material positivo de la sentencia firme que resolvió la citada demanda negando la clasificación pretendida sirve para desestimar la pretensión ejercitada negando las correspondientes diferencias salariales.

En relación con esta adecuada canalización de la acción, la clasificación profesional y percibo de las correspondientes diferencias salariales tampoco es una materia de ejecución de una sentencia que reconoce el derecho al reingreso en el puesto de trabajo tras el disfrute de un período de excedencia si en el proceso correspondiente “nunca se discutió acerca de cuál era la categoría del actor”, las partes podrán obtener la tutela judicial de tal cuestión a través de una nueva *cognitio* judicial mediante la modalidad procesal correspondiente tal y como recoge la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de noviembre de 2002**, I.L. J 2698 (recurso de suplicación 414/2002).

Dentro de esta tríada de sentencias que ayudan a delimitar el objeto del proceso especial de clasificación profesional evitando la utilización de procedimientos inadecuados cabe incluir la **STS de 2 de diciembre de 2002**, u.d., I.L. J 2584 (recurso de casación para la unificación de doctrina 1153/2002) que a pesar de considerar que falta contradicción con la sentencia aportada como de contraste argumenta que la pretensión de incardinación del actor en la categoría profesional de Técnico Especialista Aeronáutico no se basa en la realización de manera estable de funciones inherentes a esta categoría superior a la que ostenta subrayando que la demanda lo es “en reclamación de derecho y cantidad” y que la pretensión ejercitada en la demanda condiciona el cauce procesal a seguir no siendo aquélla de clasificación profesional. La demanda solicita el reconocimiento de la categoría antedicha en función de la interpretación del II Convenio Colectivo de AENA correspondiendo por consiguiente su tramitación a través del proceso ordinario y siendo la sentencia de instancia susceptible de suplicación.

b) Proceso de clasificación profesional, trabajadores de Parques Nacionales y Convenio Colectivo Único para el Personal de la Administración General del Estado

Las dificultades propias del proceso y la diligencia que demanda de las actuaciones de parte son, como acabamos de recoger, apreciables en el encauzamiento de esta materia, concluyendo en no pocas ocasiones la canalización judicial de estas pretensiones sin una terminación normal en un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada. Valgan como botón de muestra unos ejemplos paradójicamente sustanciados en la misma fecha y por idéntico órgano judicial, indicador claro de la indeseable habitualidad de este tipo de situaciones.

En primer lugar, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de noviembre de 2002**, I.L. J 2699 (recurso de suplicación 390/2002) conoce de la reclamación de dos Guardas de Parques Nacionales (en la actualidad Auxiliares de Servicios Generales) que pretendían su inclusión en el Grupo 4 del anteriormente citado Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, trabajadores encuadrados en el grupo V bajo la vigencia del IV Convenio Colectivo Único del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que anteriormente les era de aplicación. Además de la insuficiente satisfacción de la carga probatoria el fallo aprecia extemporaneidad en la presentación de la reclamación previa de uno de los actores y de la demanda del otro.

La inclusión de trabajadores en el ámbito de aplicación de aquel primer Convenio Colectivo desde este último ha generado más problemas de encuadramiento profesional, como hemos tenido la ocasión de apreciar en la comentada **STSJ de Baleares de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 3113 (recurso de suplicación 537/2002), ha sido sin duda una transición problemática. La **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2853 (recurso de suplicación 447/2002) confirma el derecho de trabajadores guías del Parque Nacional de Garajonay y de la Isla de la Gomera a ser encuadrados en el Grupo Profesional 4 del Convenio Único para el personal laboral de la Administración del Estado con los efectos económicos inherentes a tal clasificación.

Sentencia de acentuado interés por aglutinar cuestiones de gran complejidad jurídica como la preservación del ejercicio de las acciones individuales frente a presuntas lesiones de derechos e intereses producidas por cláusulas convencionales; la inexistencia de agotamiento de trámites fijados en convenio ante órganos inoperativos, inoperatividad apreciable en el transcurso de un lapso temporal considerable; o la modalidad procesal adecuada para la satisfacción de estas pretensiones admitiendo el recurso de suplicación presentado bajo el dudoso criterio de calificar esta materia como una reclamación de derecho a tramitar por el procedimiento ordinario y no por el procedimiento de clasificación profesional.

c) Clasificación profesional y recurso de suplicación

La modalidad procesal especial de clasificación profesional no admite recurso de suplicación. Sin embargo, esta materia accede a las salas de nuestros TSJ en función de su calificación. Así, la recién citada **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2853 (recurso de suplicación 447/2002) admiten el recurso de suplicación presentado mediante la consideración de la materia conocida como una reclamación de derecho a tramitar por el procedimiento ordinario y no por el procedimiento de clasificación profesional.

También se admite el recurso de suplicación de una trabajadora que reclama una cantidad, consecuencia de la pérdida de un complemento retributivo por aplicación de un nuevo convenio colectivo cuyas cláusulas salariales son más favorables en su conjunto, y el derecho a continuar desempeñando sus funciones de Jefe de Grupo, petición que la **STSJ de Aragón de 13 de noviembre de 2002**, I.L. J 2507 (recurso de suplicación 379/2002) considera de cuantía inestimable y que por lo tanto habilita a su juicio ex art. 189.1 LPL este recurso.

Los anteriores pronunciamientos evidencian el carácter difuso de los lindes de esta modalidad procesal especial. La admisión del recurso de suplicación parece más clara en otras sentencias que califican la materia como de mera interpretación de normas legales y convencionales, tal es el caso, en relación con la clasificación profesional establecida en el citado Convenio Único para el Personal Laboral de la Administración General del Estado, de las **SSTSJ de Baleares de 4 de octubre y de 11 de noviembre de 2002**, I.L. J 2908 y 3111 (recursos de suplicación números 453 y 530/2002) ambas dictadas en relación con sendas reclamaciones presentadas por un trabajador con categoría de Técnico Operario que a la entrada en vigor del citado convenio queda encuadrado en su grupo profesional 4 con la categoría de Técnico de Actividades Técnicas de Mantenimiento y Oficinas. Las Sentencias confirman las correspondientes de instancia que niegan el encuadramiento de los actores en el grupo 3, destacando una idea de orden lógico pero de gran interés, el hecho de que personas con una categoría inferior queden encuadradas en el mismo grupo profesional no determina en absoluto un incorrecto encuadramiento profesional del trabajador pues la reducción del número de grupos profesionales justifica la inclusión en un mismo grupo de un mayor número de categorías, especialmente cuando las diferencias entre éstas son “pequeñas”.

D) Régimen de ascensos

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de octubre de 2002**, I.L. J 3088 (recurso de suplicación 1062/2002) niega el derecho al ascenso a una trabajadora con categoría de camarera que solicita la plaza de subgobernanta, plaza objeto de nueva contratación. La actora funda su pretensión en la existencia de una costumbre mantenida con otras trabajadoras de la empresa de ascender a tal puesto a las camareras en función de su antigüedad. La Sentencia se basa en dos razones: que la pretendida costumbre no es tal pues el uso en cuestión carece de las notas exigidas por el Estatuto de los Trabajadores de ser

local y profesional; y que el art. 24 ET establece que el sistema de ascensos se producirá conforme a lo que se establezca en convenio o, en su defecto, en acuerdo colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, teniendo en cuenta una serie de factores entre los que están las facultades organizativas del empresario, lo que precisamente legitima la decisión adoptada.

5. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad funcional *ex* Convenio colectivo y exclusión de la aplicación del artículo 39 ET

La STSJ de Murcia de 4 de noviembre de 2002, I.L. J 2844 (recurso de suplicación 1067/2002) conoce un supuesto singular, la reclamación de unos trabajadores auxiliares sanitarios con categoría de Técnico contra la orden del Director General de Recursos Humanos y Organización administrativa de la Consejería de Economía y Hacienda de la Región de Murcia por la que se dispuso la prórroga de su traslado provisional forzoso desde el Hospital de la Cruz Roja española de Murcia a la Residencia de Personas Mayores de San Basilio de Murcia. La singularidad de este caso radica tanto en el terreno de los hechos como en el de las consideraciones jurídicas.

Desde un punto de vista fáctico la situación de los trabajadores actores es particularmente inestable no sólo desde un punto de vista funcional sino también considerando el lugar de prestación de servicios pues se trata de trabajadores subrogados por el Servicio Murciano de Salud provenientes del Hospital General Universitario y reubicados en el Hospital de la Cruz Roja como consecuencia de la demolición de aquél, modificándose su categoría de auxiliar de clínica a la actual de Técnico al quedar incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo para el Personal al Servicio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Desde la perspectiva jurídica, es necesario tener presente el cambio de encuadramiento profesional del trabajador fruto de la aplicación de la citada norma convencional, aplicación que se basa en su carácter más favorable en su conjunto. Pero la mayor singularidad del supuesto enjuiciado radica, en nuestra opinión, en la cuestionable *ratio decidendi* de la sentencia que es la identificación de la normativa jurídica aplicable con el art. 52 de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia (LFPRM) y paralela exclusión del art. 39 ET considerando la tendencia a la funcionarización del personal laboral y basándose en la especificidad de la regulación del art. 31 del citado Convenio Colectivo que, parafraseando la decisión judicial, “acoge un mecanismo singular y atípico, con una regulación propia y específica, ajena a los mecanismos habituales del Estatuto de los Trabajadores” y que conduce, como igualmente señala la propia sentencia a que “desde tal especificidad se debe operar, ya que no es amparable en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores” (FJ 3°).

V. Dinámica de la Relación Laboral

El art. 52 de la LFPRM exigía como requisitos de la Orden impugnada la debida motivación de las necesidades del servicio, el carácter provisional del traslado forzoso y su urgente e inapreciable necesidad y el TSJ de la Región de Murcia confirma su anulación por considerar que la parquedad de la Orden anterior no respondía a esa necesidad de motivación y que la no fijación de plazo alguno del traslado y condición de prórroga no eran fácilmente cohonestables con el carácter provisional y urgencia del traslado lo que, de adoptar otra decisión, conllevaría permitir una unilateralidad sin límite del empleador proscrita por el art. 1256 del Código Civil.

6. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO

A) Extinción contractual. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia

La STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2002, I.L. J 2541, analiza el recurso de suplicación planteado por la trabajadora a la que la fue desestimada la pretensión extintiva al amparo del art. 50.a) ET al entender causada una modificación sustancial afectante a la formación profesional y menoscabo de la dignidad. La Sala señala que “la mera reducción de la actividad de despacho de medicamentos no puede reputarse como modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunde en perjuicio o menoscabo de la dignidad, máxime cuando el auxiliar no está expresamente autorizado por la normativa para dispensar medicamentos. Finalmente, es de tener en cuenta los dilatados períodos de tiempo que la actora ha permanecido en situación de baja y que, concretamente en uno de ellos se procedió a la contratación (de un farmacéutico en prácticas), siendo lógico que la empresa, ante la larga ausencia de la demandante, provea la cobertura de sus necesidades en la forma en que tenga por conveniente, tratando de reubicar a la actora en sus esporádicas incorporaciones laborales asignando tareas propias de su categoría como efectivamente ha hecho”.

B) Conflicto colectivo. Calendario laboral. Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo de carácter colectivo. Estimatoria

En la empresa existían tres secciones diferenciadas, con horarios y trabajos diferentes. La empresa notificó el horario para el año 2002, incluyendo trabajar cinco horas los sábados alternos. Los trabajadores afectados tienen pactado en su contrato el horario que incluye las 5 horas de trabajos en sábados alternos. No obstante con anterioridad al año 2001 existía un único calendario para las tres secciones. La STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2002, I.L. J 2561, señala que (como había sido destacado en conflicto referido al año 2001), “la fijación de los tres calendarios frente a uno único que existía en la empresa con anterioridad a 2001, por lo que a tenor de lo dispuesto en el art. 41 del ET toda modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, requiere el inicio de las pertinentes negociaciones o consultas con la representación de los trabajadores”, lo que al no haberse llevado a cabo incumplió el mandato legal”.

C) Rescisión contractual indemnizada. Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo

La STSJ de Navarra de 19 de noviembre de 2002, I.L. J 2575, examina la pretensión de extinción del contrato de trabajo de dos trabajadores y ello por cuanto entre la representación de los trabajadores y la empresa se llegó al acuerdo de modificación de horario de trabajo. El recurrente, casado, su mujer trabaja por las tardes y tiene un hijo de dos años, y cuando su turno es de tarde coincide en parte con el trabajo de la mujer, no pudiendo atender ninguno al menor. La referida sentencia recogiendo una reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 8 de febrero de 1993 y las que ésta señala) destaca que “la extinción del contrato que autoriza y prevé el núm. 1 del art. 50 ET, requiere un doble requisito, por una parte que la empresa introduzca una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, por otra que esta modificación sustancial redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad; si no concurre esta doble circunstancia (...) la sola y desnuda modificación sustancial de condiciones de trabajo, podrá dar lugar, en su caso, al ejercicio de los derechos previstos en el art. 41.3 del propio Estatuto, pero no a la extinción del contrato de trabajo, asimilada en cuanto a las indemnizaciones que prevé el citado art. 50”. Aquí lo que interesa el trabajador es la rescisión con amparo en el art. 41.3 ET, pues entiende que resulta perjudicado por la implantación en la empresa de régimen de trabajos a turnos. Así refiere la citada sentencia “El hecho de que el legislador haya previsto que las modificaciones que afectan a las materias a las que hace referencia el art. 41.3.2 ET pueden implicar para el trabajador un perjuicio más relevante que el de las restantes condiciones de trabajo por la incidencia del tiempo de trabajo en la vida personal, familiar y social del trabajador hasta el punto de justificar la resolución del contrato con derecho a indemnización, no significa que el perjuicio se entienda en todo caso como consecuencia de la mera modificación, siendo preciso que ésta provoque en el afectado un perjuicio real, objetivamente constatable y de cierta consideración, `perjuicio que puede estar relacionado tanto con la posición contractual como con la personal y familiar del trabajador afectado que no exige sea el específico para la formación profesional o la dignidad del trabajador”. Por tanto concluye la sentencia en la existencia de un plus de lesividad en la modificación operada, legítima, sobre la base del “perjuicio” irrogado a la relación paterno filial en lo que al cuidado y educación de hijos menores se refiere con la ruptura que ello supone la necesaria conciliación de la vida laboral y familiar que recoge la Exposición de Motivos de la Ley de 5 de noviembre de 1999, por lo que es legítima la extinción del contrato de trabajo.

D) Tutela de derechos fundamentales. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Multa pecuniaria al Sindicato accionante

La STSJ de Valencia de 21 de febrero de 2002, I.L. J 2760, examina un supuesto de modificación sustancial de condiciones trabajo acudiendo el Sindicato accionante a la modalidad procesal del proceso de Tutela de derechos fundamentales. La señalada sentencia recoge la doctrina jurisprudencial sobre las reglas de la carga de la prueba en mate-

V. Dinámica de la Relación Laboral

ria de derechos fundamentales (SSTC 90/1997,82/1997 y 74/1998), y analizando el “indicio” destaca que, “si el único indicio (...) lo constituye la falta del cumplimiento de los requisitos formales del artículo 41.3 del ET, siendo que éstos no son exigibles en el presente caso, es obvio que tal indicio desaparece como tal, amén de que en todo caso no constituye en sí mismo indicio racional de una presunta conducta por parte de la demandada vulneradora de derechos fundamentales”. En lo referente a la multa al sindicato accionante impuesta por el Juzgador *a quo*, basado por la utilización con abuso de derecho del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, se confirma por la Sala la cual recogiendo la doctrina jurisprudencial (SSTS de 15 y 17 de mayo de 1995), señala, “que pretender que la empresa demandada incurre en una conducta persecutoria de los representantes de los trabajadores (...) constituye una hipótesis absurda, inconsistente desde el punto de vista lógico y carente del mínimo sustrato argumental, lo que constituye un abuso de derecho el uso de este proceso especial de tutela instado”.

E) Telefónica. Conflicto colectivo. Estimación. Derecho de determinados trabajadores a seguir prestando sus servicios en las condiciones de horario, guardias y turnos anteriores a las modificaciones implantadas por la empresa

La STSJ de Aragón de 18 de noviembre de 2002, I.L. J 2834, examina el supuesto de empresa que implantó una unidad de trabajo inexistente con anterioridad, ordenando a los trabajadores un sistema de horarios, turnos y guardias distintos en algún grado, señalando: “El art. 41 del ET considera modificación sustancial de condiciones de trabajo las que afectan al horario y al régimen de trabajos a turnos y establece un procedimiento para su adopción, con requisitos formales y de fondo como destaca la Sentencia (TS) de 10 de abril de 2000 (...) Si la modificación es realmente sustancial, o meramente accidental o de detalle o ni siquiera existe, podrá discutirse después de que se haya seguido el procedimiento seguido en el art. 41 del ET, caso de que sea necesario por la falta de acuerdo de las partes, pero lo cierto es que la empresa demandada ha implantado un sistema de trabajo, más o menos novedoso en cuanto a horario, guardias y turnos, y por tanto debe abrir el período de consulta y notificar su decisión con treinta días de antelación a la fecha de su efectividad, lo que no ha hecho, limitándose a iniciar el diálogo con los representantes, y adoptar unilateralmente decisiones de implantación del nuevo sistema, sin sujeción al plazo legal”.

F) Conflicto colectivo. Modificación no sustancial de condiciones de trabajo. Facultad empresarial en base al *ius variandi*

La STSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2002, I.L. J 2889, examina el supuesto de la orden dada a los Maquinistas de la empresa ferroviaria de llevar a cabo una recogida de unas carteras para lo que invierten un minuto, mientras el tren se encuentra parado y cuyo peso es similar a un dossier, dejándola en un buzón, y afectando solamente a aquellos que conducen un determinado tren. Pues bien la sentencia recoge la doctrina del TS (3 de abril de 1995) en cuanto establece que para poder apreciar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en los términos del art. 41 ET es preciso que con-

curra la circunstancia de encontrarnos ante una modificación peyorativa o perjudicial para los trabajadores y que el empresario no estuviera facultado para adoptarla por sí solo en virtud del poder de dirección que le atribuye el ordenamiento jurídico. Así “la medida impugnada carece de la cualidad de sustancial al ser de escasa entidad, no afectar a la dignidad de los trabajadores que no sufren menoscabo alguno por su realización, ni en jornada, ni en horario, ni en dedicación, ni en su formación y promoción profesional, debiendo ser considerada como una facultad que la empresa puede decidir en base al ius variandi que le reconoce el ordenamiento jurídico”.

G) Modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva. Decisión injustificada no nula. Reducción de jornada laboral de 39 horas a 32,5 y 35 horas. Conflicto Colectivo

La cuestión litigiosa resulta ser la modificación operada en la jornada modificando el horario y reduciendo el horario, a lo que el Juzgador *a quo* declaró nula la decisión por cuanto entendió incumplimiento por la empresa del deber de negociar de buena fe. La STSJ de Aragón de 23 de septiembre de 2002, I.L. J 2983, revoca parcialmente la misma al entender que consta inicio del preceptivo período de consultas y remisión a la representación de los trabajadores de la documentación solicitada, así como celebración de una reunión, por ello no es dable “inferior la ausencia de buena fe en pos de una solución a la que definitivamente no se llegó” (...) “Por consiguiente no es adecuada la nulidad sancionada (...)”. Respecto al fondo manteniendo los hechos probados, y por tanto la facultad del Juzgador de instancia ex art. 97.2 LPL, no ha acreditado la empresa que las causas existan de manera real, pues ni la carta de la empresa principal justifica con claridad la modificación propuesta, ni por la empresa se aportan datos suficientes sobre el carácter razonable de la medida.

H) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Nulidad. Conflicto colectivo. Alteración de horario y reducción salarial

La empresa dedicada al transporte procedió a modificar el lugar de recogida de los autobuses por los trabajadores, dejando por ello de abonar la hora de “toma” y la hora de “deje” del servicio, y sólo abona a partir de dicha fecha media hora para la toma de servicio y media hora para la finalización del servicio. El Juzgador *a quo* declaró la nulidad y la STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2002, I.L. J 3023, confirma la decisión señalando, al margen de que la empresa destacara que se trataba de una mera modificación de horas extraordinarias y por tal la supresión es facultad de dirección, que “la cuestión suscitada se refiere a los servicios de toma y deje de pasajeros y, por tanto, subsumible en el ‘tiempo de presencia’, al corresponder con un trabajo auxiliar, sino a viaje sin servicio, aun cuando en el servicio de deje se incluyan trabajos auxiliares relacionados con el mantenimiento del vehículo tras dejar a los pasajeros (...) En cualquier caso, por tanto sea tiempo de trabajo efectivo o tiempo de presencia, lo que resulta palmario es que estamos ante una cuestión relativa a la regulación de la jornada de trabajo, con independen-

V. Dinámica de la Relación Laboral

cia a como sean retribuidas las horas empleadas en los servicios de toma y deje (...)”. Por tanto se trata de una modificación colectiva y modificación sustancial de condiciones de trabajo toda vez el carácter definitivo y la alteración de la jornada diaria de trabajo y además de suponer reducción salarial. Por tanto no habiéndose formalizado por el cauce adecuado, razonada justificación y período de consultas con los representantes de los trabajadores, debe ser declarada nula.

7. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria: Prórroga

La STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 2551 (recurso 1718/2002), afirma que del tenor literal de lo dispuesto en el art. 46 ET, no puede desprenderse el derecho a la obtención de prórroga de la excedencia solicitada y obtenida, una vez finalizada ésta.

La posible existencia de prórroga sólo puede producirse por concesión potestativa de la empresa, o bien como nueva excedencia, debiendo dejar transcurrir el plazo de cuatro años.

B) Excedencia Voluntaria. Reingreso. Caducidad

La STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2002, I.L. J 2538 (recurso 3276/2002), reitera que en los supuestos en los que la empresa deniega el reingreso al excedente voluntario, éste cuenta con dos acciones, la de despido, cuando la negativa es clara y terminante, acción sujeta al plazo de caducidad de veinte días, o la declarativa del derecho a la ocupación efectiva, sometida al plazo de prescripción de un año, plazos que, en ambos casos, comienzan a correr cuando se tiene conocimiento de haberse producido una vacante.

C) Excedencia por cuidado de hijos

La STS de 14 de noviembre de 2002, u.d., I.L. J 2755 (recurso 3841/2001), analiza la cuestión consistente en determinar si las trabajadoras que se encuentran en el primer año de excedencia por cuidado de hijo tienen derecho a la prestación por maternidad derivada del nacimiento posterior de otro hijo.

La sentencia concluye que “la maternidad sobrevenida a quien se encuentra en el primer año de la situación de excedencia por cuidado de hijos debe ser considerada en principio como una “situación protegida” a efectos de la prestación de maternidad de la Seguridad Social”, señalando que “el requisito de alta o situación asimilada se cumple a los efectos de la prestación de maternidad en el supuesto de maternidad sobrevenida en situación de excedencia por cuidado de hijos”.

D) Determinación de la categoría profesional en los supuestos de reingreso

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 2698 (recurso 414/2002), permite discutir en pleito posterior e independiente la cuestión relativa a la determinación de la categoría profesional, cuando tal cuestión no se discutió en el proceso por excedencia.

E) Excedencia voluntaria y prestación de servicios de similar actividad

La STS de 2 de diciembre de 2002, u.d., I.L. J 2710 (recurso 815/2002), pese a señalar la inexistencia de contradicción, concluye que el trabajador excedente puede trabajar en empresas de similar actividad, salvo que se hubiera pactado expresamente lo contrario, en virtud del principio de no concurrencia.

F) Excedencia. Trabajadora interina nombrada Teniente Alcalde

La STSJ de Asturias de 25 de octubre de 2002, I.L. J 2874 (recurso 3712/2001), analiza el supuesto de una trabajadora, contratada bajo la modalidad de interinidad por vacante, nombrada Teniente de Alcalde de un Ayuntamiento, que solicita la declaración en situación de excedencia forzosa por ocupar cargo público, declarando la existencia de tal derecho, tanto se trate de un contrato de trabajo temporal, como fijo.

G) Excedencia voluntaria. Derecho al reingreso

La STSJ de Extremadura de 10 de diciembre de 2002, I.L. J 2921 (recurso 562/2002), tras afirmar que el derecho al reingreso depende de la existencia de vacantes, correspondiendo a la empresa la prueba de su existencia, declara el derecho a la reincorporación de una trabajadora al servicio de una Diputación Provincial, dado que se ha acreditado la existencia de vacante con dotación presupuestaria.

H) Excedencia forzosa. Concejal

La STSJ de Baleares de 13 de septiembre de 2002, I.L. J 2997 (recurso 262/2002), desestima la solicitud de un concejal de ser declarado en situación de excedencia forzosa por ocupar cargo público, dado que el desempeño de su cargo de concejal no le impide continuar prestando servicios en su empresa, de forma tal que, “la excedencia forzosa se concederá por la designación o elección para cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo”.

8. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

A) Suspensión del contrato de trabajo: riesgo durante el embarazo

La STSJ de Baleares de 15 de octubre de 2002, I.L. J 2910 (recurso 479/2002), en el caso de una trabajadora embarazada a la que se le suspende su contrato de trabajo por no ser posible cambiarla a otro compatible con su estado, declara que el derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

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) La forma del despido.
 C) 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.** A) La acción de despido. B) 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. C) Otras cuestiones conexas. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación. B) Distribución de la carga probatoria.

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 13 a 16 del año 2002 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*.

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

La primera de las causas de extinción del contrato de trabajo es el “mutuo acuerdo de las partes” [art. 49.1.a) ET] que se documenta a través del denominado “finiquito”. Le reconocen valor liberatorio resoluciones como la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002**, I.L. J 2811 (recurso 7064/2002), en un supuesto en el que la trabajadora, “técnico titulado” no supera el período de prueba de seis meses pactado en el contrato de trabajo. El documento de finiquito analizado fue firmado por la trabajadora quince días después a la notificación de la extinción del contrato por tal motivo, sin coacción, intimidación o dolo que lo invalidase. Considerando la Sala la validez del período de prueba pactado así como la firma del finiquito, revoca la sentencia de instancia y declara la válida extinción del contrato de trabajo.

Por otra parte niega valor liberatorio al finiquito firmado por la trabajadora y valora improcedente el despido practicado, la **STSJ de Valencia de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 2767 (recurso 3432/2002). Versa la sentencia sobre una trabajadora que firma una carta de baja voluntaria y un finiquito, tras haberse personado en su vivienda cinco trabajadores de la empresa y haberle leído una carta de despido disciplinario en la que le atribuirían sustracciones a la empresa. Para la Sala tales documentos han sido suscritos por intimidación o error; por tanto con la concurrencia de alguno de los elementos que vician el consentimiento de los previstos en el art. 1265 del CC por lo que “la conclusión habrá de ser diferente a lo aparentemente manifestado, puesto que (...) estaríamos ante un contrato nulo o inexistente, incapaz por tanto, de ser valorado como demostrativo de la existencia del mutuo acuerdo extintivo”.

“Como tiene dicho reiteradamente el TS para que al documento de finiquito se le pueda dar valor liberatorio comprensivo de todas las obligaciones derivadas de la relación laboral es preciso que ello se deduzca con evidente claridad de los términos en que así se expresa, SSTs de 5 de julio de 1983, 27 de mayo de 1986 y 3 de mayo de 1989, y ambos inconvenientes concurren en los documentos aportados como justificantes del ‘mutuo disenso’ de las partes respecto a la permanencia de la relación laboral, relación laboral de diez años, sin contratiempo, en primer lugar aparece suficientemente acreditado que la demandante estampó su firma en el documento de baja voluntaria, ya impreso que le llevaban, bajo intimidación o cuando menos, error, en tanto en cuanto (...) encontrándose enferma y en cama, en reposo, con tratamiento de ansiolíticos, aparecen en su casa cinco trabajadores de la recurrente, uno de ellos el Jefe del centro y cuando abre la puerta su marido, requieren su presencia, negándose a entrar en la casa a pesar de la invitación realizada por éste, levan-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

tándose la trabajadora y al acercarse a la puerta, en bata, uno de los empleados lee la carta de despido, donde le imputan haberse llevado productos sin pagar, diciéndole que firmara la baja voluntaria o que denunciaban inmediatamente los hechos a la policía, siendo escuchado por varios vecinos, lo que en su estado y ante tal situación, no parece, ni puede resultar extraño que plasme su firma en tal documento y no existe motivo para dudar de ello en tanto en cuanto en esas condiciones se inspira a la trabajadora el temor racional y fundado de alguna circunstancia fatal que por otra parte no se produciría, ni en el caso que hubiera sido realidad la conducta que se le imputaba, perfectamente incardinable dentro de las previsiones del art. 1267 del CC.”

A la extinción del contrato por causas consignadas válidamente en el contrato [art. 49.1.b) ET] se refiere la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de diciembre de 2002**, I.L. J 2748 (recurso 2641/2002), que niega la existencia de despido y falla a favor de la rescisión contractual de dos vigilantes de seguridad cuyo contrato quedaba vinculado, conforme previsión convencional, a la resolución del contrato de arrendamiento de servicios de vigilancia y seguridad concertado con la empresa para la que prestaban servicios.

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de diciembre de 2002**, I.L. J 2725 (recurso 2300/2002) niega la existencia de despido, declarando en su lugar la extinción por cese de la contratación temporal.

El contrato de *interinidad* y las posibles causas de su extinción se analizan en la **STSJ de Andalucía (Granada) de 13 de mayo de 2002**, I.L. J 3053 (recurso 446/2002) que reconoce la válida extinción de un contrato de *interinidad*, por declaración de incapacidad permanente total de la trabajadora sustituida.

A la no superación del período de prueba, así como al análisis de la validez de la cláusula aluden otras resoluciones como la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002**, I.L. J 2811 (recurso 7064/2002) (*Vid. supra*), o la **STSJ de Madrid de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2940 (recurso 2506/2002). En ambas se analizan períodos de prueba de seis meses para titulados universitarios y por la función muy cualificada que se plantea en ambos supuestos se reconoce que el plazo de prueba pactado es ajustado a derecho.

La *dimisión del trabajador* prevista como causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.d) ET] supuso la extinción del contrato de trabajo en el supuesto analizado en la **STSJ de Extremadura de 19 de diciembre de 2002**, I.L. J 2925 (recurso 567/2002), respecto de un trabajador que no acude a trabajar a partir de un día determinado y nueve días después la empresa le comunica por burofax la extinción por *dimisión del trabajador*.

Otro hecho que justifica la extinción del contrato es el *fallecimiento del empresario* [art. 49.1.g) ET]. La **STSJ de La Rioja de 29 de octubre de 2002**, I.L. J 3095 (recurso 218/2002) declara la válida extinción de la relación laboral de un empleado en el régimen especial agrario, como consecuencia del fallecimiento del titular de la explotación agraria cuatro meses antes. Motiva su decisión la Sala en que tanto la doctrina científica como la juris-

prudencia exigen el respeto de un plazo prudencial o razonable, pese a que el art. 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores no lo imponga explícitamente.

“Habiendo fallecido la titular de la explotación agraria el día 14 de julio de 2001 y comunicándose la decisión de los demandados de extinguir la relación laboral con fecha 15 de noviembre de 2001, en modo alguno puede considerarse que ese lapso de cuatro meses desde aquella fecha sea excesivo o no resulte prudencial, especialmente si tenemos en cuenta la naturaleza de los cultivos, en su mayoría viña, cuyo ciclo productivo fundamental, y la vendimia, se comprenden precisamente en esa época del año.”

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 17 de diciembre de 2002**, I.L. J 2741 (recurso 1071/2002) analiza una decisión de la Secretaría General de la Consejería de Medio Ambiente, de la Junta de Castilla y León por la que se dispuso no efectuar el llamamiento para la campaña de incendios forestales de 2002, a dos *trabajadores fijos-discontinuos*, al haber sido considerados no aptos tras un reconocimiento médico, por no superar determinadas pruebas de esfuerzo. La decisión consideraba suspendidos los contratos de trabajo, manteniéndoles el derecho al llamamiento en sucesivas campañas, siempre que demostrasen su idoneidad para el desempeño del puesto. Niega la sentencia, con amparo en el convenio colectivo, que se haya producido un despido, sino que estos trabajadores fijos-discontinuos “al no superar los actores las pruebas físicas de esfuerzo necesarias para el desempeño de sus funciones, y por ello, ser declarados no aptos para la campaña 2002, perdieron el derecho para el llamamiento para dicha campaña manteniéndoseles el derecho al llamamiento para campañas posteriores”.

A la extinción de la relación de trabajo por voluntad del trabajador, motivada en la *modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunde en perjuicio o en menoscabo de la dignidad del trabajador* [art. 50.1.a) ET]) se refiere la **STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2002**, I.L. J 2541 (recurso 2872/2002). La sentencia analiza la pretensión de una auxiliar de farmacia a la que se le reduce la actividad de despacho de medicamentos. Considera la Sala que no hay causa que justifique la extinción indemnizada ya que los hechos expuestos por la trabajadora no constituyen modificación sustancial de las condiciones de trabajo que redunde en perjuicio o en menoscabo de la dignidad, “máxime cuando el auxiliar no está expresamente autorizado por la normativa para dispensar medicamentos”

La **STC 225/2002, de 9 de diciembre** I.L. J 2662 (recurso de amparo 2847/1998), otorga el amparo a un periodista y subdirector del “diario Ya”; le reconoce la *cláusula del conciencia* del artículo 20.1.d) de la CE, y declara la nulidad de la Sentencia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de un Juzgado de lo Social, que desestimaron su demanda de rescisión de contrato con la empresa editora, basada en el cambio ideológico del periódico. Reconoce el Tribunal la viabilidad, de una extinción unilateral de la relación laboral del profesional de la información, con posibilidad de reclamar posteriormente la indemnización. El supuesto analizado se inicia con la desestimación de una demanda de extinción [basada en el artículo 50.1.a) ET]. El motivo de la no admisión, se basaba en la dimisión previa del periodista con anterioridad a la solicitud de indemniza-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

ción por extinción causal. En el supuesto se plantea la modificación sufrida en la relación laboral del trabajador, cuyo inicio coincidió con una época del diario “caracterizada por la defensa de la justicia social y los valores éticos y morales humanísticos cristianos”, produciéndose tiempo después una nueva etapa del diario por un cambio en su línea ideológica, adquiriendo un matiz ultraderechista. Tales hechos motivaron que el trabajador abandonase su puesto de trabajo entendiéndose amparado por su derecho fundamental a la cláusula de conciencia [art. 20.1.d) CE]. El Tribunal otorga el amparo, en base a que el derecho a la cláusula de conciencia viene a “asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información”, respecto de la cual aquél tiene un carácter instrumental “en cuanto derecho subjetivo del profesional de la información”, el derecho a la cláusula de conciencia protege la libertad ideológica, el derecho de opinión y la ética profesional del periodista y para el Tribunal, si esto es así, excluir la posibilidad del cese anticipado en la prestación laboral, “es decir, obligar al profesional, supuesto el cambio sustancial en la línea ideológica del medio de comunicación, a permanecer en éste hasta que se produzca la resolución judicial extintiva, implica ya aceptar la vulneración del derecho fundamental, siquiera sea con carácter transitorio —durante el desarrollo del proceso—, lo que resulta constitucionalmente inadmisibles”; máxime teniendo en cuenta que el cambio de la línea ideológica del periódico podía “dar lugar a una situación incómoda y angustiosa”; y por otra parte, y en cuanto la cláusula de conciencia no es sólo un derecho subjetivo sino una garantía para la formación de una opinión pública libre, para la Sala, la confianza que inspira un medio de comunicación es decir, “su virtualidad para conformar aquella opinión, dependerá, entre otros factores, del prestigio de los profesionales que lo integran y que le proporcionan una mayor o menor credibilidad”; por ello la permanencia en el medio del profesional durante la sustanciación del proceso, puede provocar una apariencia engañosa para las personas que reciben la información.

Resume el Tribunal la doctrina sobre la cláusula de conciencia recogida en sentencias anteriores como la STC 199/1999, en los siguientes puntos:

“a) La jurisprudencia constitucional ha declarado repetidamente que la libertad reconocida en el art. 20.1.d) CE, en cuanto transmisión de manera veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública, no se erige únicamente en derecho propio de su titular sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia (entre la abundante jurisprudencia, SSTC 6/1981, 104/1986, 159/1986, 171/1990, 172/1990, 219/1992, 240/1992, 173/1995); b) No es ocioso recordar cómo la progresiva diferenciación de la libertad de información respecto de la de expresión a medida que la transmisión de hechos y noticias ha ido adquiriendo históricamente importancia esencial, supuso no sólo el reconocimiento del derecho a la información como garantía de una opinión pública libre en un Estado democrático, sino la exigencia de evitar que su ejercicio por parte de las empresas de comunicación, generalizadas como medios de transmisión de las noticias, pudiera atentar a la finalidad del derecho o a su ejercicio por parte de aquellos profesionales que prestan servicios en ellas, titulares a su vez de la misma libertad de información. Es respecto a dichos profesionales donde encuentra sentido el reconocimiento del derecho a la cláusula de conciencia como garantía de un espacio propio en el ejercicio de aquella libertad frente a la imposición incondicional del

de la empresa de comunicación, esto es, frente a lo que históricamente se designaba como ‘censura interna de la empresa periodística’. Pero también como forma de asegurar la transmisión de toda la información por el profesional del medio, contribuyendo así a preservar el pluralismo que justifica el reconocimiento del derecho, reforzando las oportunidades de formación de una opinión pública no manipulada y paliando el ‘efecto silenciador’ que, por su propia estructura, puede producir el ‘mercado’ de la comunicación; c) Es preciso partir del art. 20.1.d) CE que reconoce el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, remitiendo a continuación al legislador la tarea de regular el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. El derecho a la cláusula de conciencia adquiere con ello en nuestro Derecho relevancia constitucional, particularidad significativa respecto a los Ordenamientos jurídicos próximos, en los cuales aquel derecho sólo se reconoce directa o indirectamente y con un contenido variable en cuanto al alcance de la cláusula, bien en la propia ley, (...) bien en los convenios colectivos de aplicación en las empresas de comunicación, (...) El reconocimiento por parte del art. 20.1.d) CE del derecho a la cláusula de conciencia no ha encontrado desarrollo legislativo en nuestro Ordenamiento hasta la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, lo cual no ha obstado ni a su invocación como derecho constitucional que es, ni a su regulación en algunos códigos deontológicos profesionales, estatutos de redacción o convenios colectivos, posibilidad esta última de incorporación convencional de referencias a derechos fundamentales admitida por nuestra jurisprudencia desde la STC 58/1985; d) Si bien la jurisprudencia constitucional ha reconocido como titulares de la libertad de información tanto a los medios de comunicación, a los periodistas, así como a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto receptora de aquélla (por todas, SSTC 6/1981, 105/1983, 168/1986, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996), ha declarado igualmente que la protección constitucional del derecho ‘alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa entendida en su más amplia acepción’ (STC 165/1987, reiterada en SSTC 105/1990 y 176/1995, entre otras). Afirmación con la que en modo alguno se quiso decir que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos; sino sólo que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisaban –y gozaban de– una protección específica. Protección que enlaza directamente con el reconocimiento a aquellos profesionales del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional para asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información (STC 6/1981).”

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de septiembre de 2002, I.L. J 3015 (recurso 773/2002) niega la viabilidad de la extinción contractual indemnizada por impago de los salarios cuando se produce un retraso en el pago de los salarios, que para la Sala puede considerarse mínimo, consistente en el retraso de pago de tres mensualidades e impago de otras tres. Para dar lugar a la extinción “es preciso que el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente, esto es que tenga verdadera trascendencia por constituir un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos

a) Validez del contrato. Calificación de la relación jurídica

La STSJ de Murcia de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 2513 (recurso 886/2002) niega la existencia de despido, en un supuesto en el que en el contrato temporal firmado faltaba uno de los requisitos esenciales para su validez. Para la Sala la preselección que hizo el INEM de los candidatos sin cumplir los requisitos de la Oferta de empleo que hizo la Dirección General de Tráfico provoca la pérdida de eficacia del contrato, considerando el cese acordado por la DGT plenamente justificado.

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 Cataluña de 29 de noviembre de 2002, I.L. J 2573 (recurso 5675/2002) reconoce el carácter laboral de la relación y declara la improcedencia del despido, fallando a favor de la plena compatibilidad entre la condición de socio y trabajador por cuenta ajena, siempre que éste no tenga una participación mayoritaria. En el supuesto resuelto, la trabajadora era socia constituyente de la empresa, ostentaba la titularidad del 48 por ciento de las acciones de la mercantil, y había cesado en el cargo de Administrador de la misma en 1996. Teniendo desde entonces categoría de Jefe Administrativo “en virtud de lo acordado por el Consejo de Administración –del que no forma parte el 31 de enero de 1998–”.

Recoge la doctrina del Tribunal Supremo en torno a la ajenidad, señalando que:

“en el marco de las sociedades mercantiles capitalistas hay en principio una plena compatibilidad entre la condición de socio y la de trabajador al servicio de la sociedad, porque las dos relaciones tienen sustantividad propia y la aportación a la sociedad, que es necesariamente una aportación de capital y no de trabajo (...), queda al margen del trabajo prestado para la misma, con lo que ‘el trabajo se presta por cuenta ajena, ya que se ceden anticipadamente los frutos del mismo a una persona jurídica que no pierde aquí su posición de ajenidad en virtud de la participación (significativa, pero minoritaria) que, por título distinto al trabajo, tiene el demandante en su gestión y en los resultados de la actividad social’. (SSTS de 22 de octubre de 1998, 24 de octubre de 2000 y 30 de abril de 2001; que reitera lo ya manifestado en la de 18 de marzo de 1991.) Esta regla general cede cuando quien presta el trabajo tiene una participación mayoritaria en la sociedad, pues en ese caso falta la ajenidad y nos encontramos materialmente ante un trabajo por cuenta propia, pues ‘el fruto o resultado de su trabajo, o al menos la parte principal del mismo, acaba ingresando, por vía de beneficio o por vía de incremento del activo de la empresa, en su propio patrimonio’ (Sentencia cit. en relación con la de 29 de enero de 1997). El límite a partir del cual se pierde la ajenidad es, según la Sentencia de 29 de enero de 1997, el 50 por ciento del capital; de tal manera que ‘si la participación no alcanza ese porcentaje se mantiene la ajenidad; en otro caso, el trabajo es por cuenta propia’ (SS cit.; y, en igual sentido, las de mayo de 2000 y 17 de mayo de 2001). La ‘existencia de un régimen de gananciales no afecta a la dependencia en el marco de la relación laboral’ (STS de 30 de abril de 2001). Finalmente, no afecta al carácter laboral de la relación (y en concreta referencia a las notas de depen-

dencia y ajeneidad) cuando un reparto igualitario del capital social desmiente un ‘poder decisorio suficiente para conformar la voluntad social de la persona jurídica de que la que dependen bajo una relación laboral de carácter común (...)’ (STS de 20 de octubre de 1998)”.

Por el contrario la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2002**, I.L. J 2907 (recurso 593/2002) declara la *incompetencia del orden social* para conocer del despido de un trabajador titular del 33 por ciento del capital social en un supuesto en el que no se desvirtúa la presunción de que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad. Resulta además decisivo para la Sala el hecho de que el demandante haya realizado actividades propias de la administración de la sociedad, como la contratación y el despido de trabajadores, o la organización de la jornada y las tareas a realizar.

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2858 (recurso 2620/2002) que declara la válida extinción del contrato por amortización de puesto de trabajo de un *alto ejecutivo*, analiza previamente la relación de trabajo. Falla la Sala a favor de la calificación de la relación laboral como común, y lo motiva en que “cuando existe como en el caso (...) un consejero delegado que es quien gestiona la empresa y define la política y actuaciones de la misma, es decir existe un consejero delegado al que no sólo se rinden cuentas sino que es quien gestiona directamente la empresa, la autonomía se encuentra muy supeditada”; a lo que añade que el trabajador, “tenía amplios poderes pero, con limitaciones (...), hasta el punto de que precisa para la mayoría de las actuaciones previa autorización escrita de directivos de la compañía, (...) es evidente que ya no existe autonomía ni se ejercen poderes con plena responsabilidad sino que los poderes se ejercen con subordinación; (además de que) (...) si bien el actor era el superior jerárquico en la planta de León no lo era a nivel funcional donde las diversas secciones dependían funcionalmente de los servicios centrales operantes en Italia”.

La **STSJ de Baleares de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 2909 (recurso 400/2002) revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia de la Jurisdicción social para conocer de la extinción contractual de un *administrador único de una sociedad limitada*. Considera la Sala que la relación que vincula al administrador único con la sociedad limitada es de naturaleza mercantil o societaria y no laboral.

b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas

La **STSJ de Valencia de 11 de abril de 2002**, I.L. J 2790 (recurso 125/2002) analiza la aplicación de la doctrina del *levantamiento del velo de las personas jurídicas* y la responsabilidad de las personas físicas que integran los diferentes órganos societarios “en cuanto verdaderos empresarios” de los trabajadores. Reconoce la competencia del orden social, “en cuanto se trata de determinar a quién corresponde la verdadera condición de empresario o empleador”; y revoca la sentencia de instancia que condenaba a personas físicas, ya que

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

para la Sala no ostentan la condición de verdaderos empresarios en detrimento de las sociedades codemandadas. Señala la sentencia que “en ningún caso puede confundirse ni identificarse las figuras del administrador o consejero, como órganos de la sociedad cuya actuación viene regida por los artículos 123 y siguientes de la Ley de Sociedades Anónimas y 57 y siguientes de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, con la de empresa, empresaria o empleadora. De modo que, sólo en el caso de que la forma societaria haya sido utilizada subrepticamente para generar engaño o fraude y ocultar la verdadera condición de empresario de un tercero a fin de perjudicar los legítimos derechos de los trabajadores, será posible levantar el velo a los efectos de imputar la condición de empleador a quien realmente la ostenta”. Analiza asimismo el concepto de “grupo de empresas”, formado por distintas personas jurídicas, con funcionamiento integrado o unitario, prestación de trabajo en forma indistinta o común, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección, y condena solidariamente a las empresas codeemandadas, ya que prestaban servicios para una de ellas, en las mismas instalaciones que el resto de las codemandadas y con la misma maquinaria, excepto dos de ellas, con el mismo domicilio y distinta actividad y otras dos, con distinto domicilio, con confusión de patrimonios sociales, “o mejor dicho, con un único patrimonio, constituido por el terreno y el edificio industrial y dirección unitaria, al ser sociedades con la misma dirección, los mismos socios, con participación individual o con participación de sociedades, de las que también son socios”.

Señala la sentencia que pese a que desde la perspectiva jurídico-formal los componentes del grupo del supuesto analizado, gozan de autonomía y de personalidad jurídica propia como personas físicas o jurídicas y como empresas diferenciadas; debe reconocérsele personalidad en el ámbito laboral como si se tratase de una sola empresa, “lo que encuentra justificación tanto en el principio de primacía de la realidad por encima de las formas jurídicas, concretado en la (...) doctrina del levantamiento del velo, como para evitar el abuso del derecho o el fraude de ley –artículos 7.2 y 6.4 del Código Civil–. También (...) por razones de estrategia empresarial, (puede actuarse) a través de una empresa única o, (constituir varias), si cada una de las cuales queda sujeta a una titularidad diversa y desarrolla una actividad concreta (...) Ahora bien, si es ésta la opción, cada empresa habrá de actuar en forma separada, respetando los límites derivados de esa diferente titularidad, lo que conlleva no mezclar sus patrimonios ni sus plantillas u ofrecerse al exterior bajo esa imagen de una única empresa. De no hacerlo así, desde el punto de vista de las relaciones laborales, esa actuación unitaria de todas, conlleva que la empresa sea el conjunto de ellas y que la condición de empresario recaiga en las empresas que, aunque formalmente distintas, actúan en realidad como una única, con la consiguiente responsabilidad solidaria de todas ellas”.

La STSJ de Aragón de 21 de octubre de 2002, I.L. J 2870 (recurso 938/2000) analiza un supuesto de desistimiento de un contrato de alta dirección, y niega que a tales modalidades contractuales les sea aplicable el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en materia de sucesión empresarial.

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

A) Las causas que lo motivan

A las *faltas injustificadas de asistencia* al trabajo como causa de despido [art. 54.2.a) ET] se refiere la **STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2002**, I.L. J 2546 (recurso 3548/2002). Analiza la sentencia un supuesto en el que el trabajador no se reincorpora al puesto de trabajo tras ser requerido de forma fehaciente por la empresa, con posterioridad al alta médica tras un proceso de incapacidad temporal, con propuesta de lesiones no invalidantes. Admite, sólo excepcionalmente, la posibilidad de mantener la situación de suspensión del contrato de trabajo en un supuesto. Para ello es precisa determinada conducta del trabajador que concreta la Sala en: “manifestar su voluntad de mantener la relación” y “acreditar que, pese al alta médica o a la resolución del expediente de invalidez sin declaración de incapacidad permanente total o absoluta, subsiste una situación de incapacidad temporal que impide la reincorporación al trabajo (...) ofreciendo en su caso los medios para la verificación de esa situación por la empresa”.

“Ninguna de esas conductas ha observado el demandante, pues en cuanto a la comunicación de voluntad de mantener la relación no se ha efectuado en ningún momento idóneo (...), pues solamente se ha hecho tal manifestación en dos momentos, uno de ellos demasiado prematuro pues todavía no se había producido siquiera el alta que extingue a incapacidad temporal, y el otro extemporáneo por tardío, cuando se celebra el acto de conciliación por despido. En cambio, el silencio ha sido la respuesta del trabajador a los requerimientos de reincorporación efectuados por la empresa. Dado lo anterior, es claro que tampoco el trabajador ha acreditado ante la empresa su situación de imposibilidad de reincorporarse, ni le ha facilitado la comprobación de aquélla. Por ello es correcta la postura de la demandada de requerir por dos veces y después comunicar el despido por faltas de asistencia, que por reiteradas e injustificadas constituyen causa de despido.”

La **STSJ de Valencia de 11 de abril de 2002**, I.L. J 2791 (recurso 3669/2001) confirma la sentencia de instancia que declaraba la procedencia del despido de una trabajadora que tras haber superado un período de incapacidad temporal se ausenta cuatro días hábiles y un quinto acude a su puesto de trabajo a las once de la mañana, sin justificación alguna.

Detalla la sentencia que pese a que la empresa podía haberla sancionado con una suspensión de empleo y sueldo, “eligió otra de las sanciones posible, que no puede calificarse de desproporcionada, pues atiende a la especial dejadez que supone el no manifestar a la empresa su situación de alta médica, y ni siquiera acudir a la misma hasta pasados varios días”.

La **STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2002**, I.L. J 2814 (recurso 5805/2002) falla la procedencia del despido de una trabajadora que tras causar alta médica, y sin reincorporarse a su puesto de trabajo, compareció ante la empresa días después, para presentar

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

informe médico en el que se indicaba que se encuentra incapacitada laboralmente, y requerida por la empresa para su reincorporación al puesto de trabajo, ni acudió, ni justificó la situación de incapacidad temporal. Alude a la doctrina del Tribunal Supremo de aplicación al supuesto que enjuicia y señala que:

“con independencia de que con posterioridad se declare la nulidad de aquella resolución de alta médica, (...) emitido parte de alta por el correspondiente facultativo del sistema de la Seguridad Social, este alta despliega sus efectos en la relación entre empresario y trabajador y por lo tanto mientras no sea anulada el trabajador vendrá obligado a prestar su trabajo o bien a acreditar ante el empresario la imposibilidad de realización de tal actividad para la que fue contratado, no bastando la mera alegación de que ha impugnado la citada alta y la afirmación de parte de que no puede desarrollar su actividad, pues sería tanto como dejar en manos de una de las partes el cumplimiento de la obligación sinalagmática que deriva de tal relación de trabajo (...)”.

La **STSJ de Galicia de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 3147 (recurso 4514/2002) revoca la sentencia de instancia y declara en su lugar la procedencia de la extinción de un contrato con motivo de la no comunicación a la empresa del parte de baja. Falta de acreditación que para la Sala constituye una ausencia injustificada a los efectos de estimar la gravedad y culpabilidad del incumplimiento contractual del trabajador; y ello pese a acreditar la existencia de cinco partes de confirmación de baja.

A las *ofensas verbales o físicas* al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [art. 54.2.c) ET] alude la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de noviembre de 2002**, I.L. J 2692 (recurso 912/2002). Analiza la sentencia un supuesto en el que el Juez de lo Social utiliza como hechos probados los contenidos en una sentencia firme, condenatoria por agresión, recaída previamente en vía penal. Para el Tribunal “cuando la resolución recaída en la causa criminal preferente haya sido condenatoria, como en el supuesto debatido, ha de partirse de los hechos declarados probados”.

Motiva su decisión en que “puesto que la expansión de efectos sobre la civil –o social– se produce respecto a la realidad y a la existencia del hecho dañoso y su ilicitud. (...) La declaración de ilicitud penal es un plus sobre los elementos comunes de ambas responsabilidades, es decir, la sentencia penal es una resolución subjetivamente compleja en contenidos que deben compartir ambas jurisdicciones en relación de preclusión”.

La **STSJ de Valencia de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 2779 (recurso 3551/2001) declara la procedencia del despido de un trabajador que tuvo una conducta agresiva y amenazadora. Considera la Sala que el trabajador debió haber acudido a la empresa para comunicarle si estaba siendo víctima de una provocación, pero considera que en materia de insultos y agresiones no es aplicable la teoría gradualista de las faltas.

A la *trasgresión de la buena fe contractual* [art. 54.2.d) ET] se refieren un número considerado de resoluciones:

– La **STSJ de Aragón de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2732 (recurso 1290/2002). La sentencia analiza un supuesto de confrontación de derechos fundamentales como la libertad de expresión y el derecho al honor. Considera prevalente el derecho al honor del ofendido y reconoce como causa de despido disciplinario, la expresión de forma directa a personas concretas (sin voluntad de formación de una opinión pública), sin publicidad ni difusión externa, sus opiniones críticas acerca del funcionamiento de la empresa, lo que para el Tribunal lo sitúa fuera del ámbito tutelado en el precepto constitucional.

“La relación laboral genera un complejo de obligaciones recíprocas entre empresario y trabajador (...) que obliga a que se desarrollen conforme a las reglas de la buena fe, hasta el punto de que la trasgresión de este específico deber se tipifica como uno de los supuestos del despido disciplinario.”

– Referente a *apropiaciones indebidas* de los trabajadores, destacan resoluciones como la **STSJ de Valencia de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 2760 (recurso 3924/1999) que considera merecida la máxima sanción. Alude a un trabajador, que valiéndose de una regadera, procede a trasvasar el combustible de la cisterna del vehículo que habitualmente conducía, propiedad de la empresa, introduciéndolo en el vehículo de su propiedad. Para la Sala “la gravedad de la conducta no reside tanto en el importe de lo sustraído o apropiado, como en el hecho mismo de la sustracción”; la **STSJ de Murcia de 7 de octubre de 2002**, I.L. J 2950 (recurso 894/2002) confirma la procedencia del despido al jefe de departamento de pescadería de un supermercado de “El Corte Inglés” que es sorprendido *in fraganti*, intentando llevarse sin abonar su importe, envueltos en unas bolsas de plástico dentro de los bolsillos de su anorak, dos paquetes envueltos en papel, unos filetes de atún de ijada y de pez espada, por un importe total de 24,84 euros.

Significa la Sala: “la pérdida de confianza (...) no admite grados de valoración y una vez producida se rompe el equilibrio de las relaciones trabajador-empresario impidiendo el restablecimiento posterior”.

– La **STSJ de Murcia de 7 de octubre de 2002**, I.L. J 2952 (recurso 887/2002) analiza hechos de un encargado de centro de trabajo en un Museo, como la firma de documentos de la empresa ante Organismos públicos y otras entidades, con prohibición expresa para hacerlo, alteración del control de visitas ordinarias en beneficio propio y en perjuicio económico para el Museo, utilización del teléfono del Museo para asuntos personales en beneficio particular, apertura de correspondencia del Museo y ocultar documentos contenidos en ella, sin llegar a conocer su paradero de tales documentos, comportamiento con pésimos modales y agresivos de forma reiterada tanto con compañeros de trabajo, visitantes, proveedores y demás personas cercanas al Museo. Resume la Sala:

“Es conocida la interpretación jurisprudencial sobre la graduación de las faltas y sanciones laborales, explicitada en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, y que exige un incumplimiento grave para producir el despido disciplinario, de acuerdo con el artí-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

culo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores. Proyectando dicho principio de proporcionalidad en el de buena fe, modelo de comportamiento recogido en el artículo 5.a) en relación con el 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, se concluye que se precisa no cualquier trasgresión sino una violación trascendente de la buena fe contractual, de carácter grave y culpable. Asimismo en relación con la causa de despido contemplada en el artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores es reiteradísima la jurisprudencia que señala que la falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa, y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues es suficiente el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad, probidad y confianza implícitos en toda relación laboral, valores que deben presidir en todo momento el comportamiento derivado del contrato de trabajo, es decir, el cumplimiento de las obligaciones laborales. La jurisprudencia entiende que la pérdida de confianza, por su especial y esencial naturaleza, no admite grados de valoración y una vez producida se rompe el equilibrio de las relaciones trabajador-empresario impidiendo el restablecimiento posterior, es decir, constatada la pérdida de confianza y la trasgresión de la buena fe contractual el incumplimiento es *per se* grave. Si se estima que la actuación fue además culpable (en este caso lo fue), no cabe la aplicación de la doctrina gradualista.” (...) “en el caso de autos, la conducta que se tiene por acreditada justifica sin duda el despido producido, pues se trata de un comportamiento incompatible con la buena fe contractual y, además, especialmente grave, dado el puesto de trabajo que el actor ocupaba, en cuyo desempeño resulta crucial la relación de mutua confianza, siendo indiferente la cuantía de los perjuicios ocasionados ni que los mismos hayan llegado a materializarse, pues el despido no es una sanción por el daño ocasionado, sino por la lógica pérdida de confianza derivada de la conducta realizada [Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1985, 9 de diciembre de 1986, 19 de enero de 1987 (2) y 4 de febrero de 1991].”

– La STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2002, I.L. J 2805 (recurso 6024/2002) declara la procedencia del despido de un trabajador con contrato de *alta dirección* que da publicidad a datos y métodos de investigación y trabajo a directivos de otra empresa, convocando reuniones con ellos, e indicando a los subordinados que faciliten información confidencial. Falla la sentencia calificando los hechos como trasgresión a la buena fe contractual merecedora del despido ya que el actor tenía un deber de fidelidad, y de reserva que no ha cumplido.

Concreta la trasgresión de la buena fe contractual, haciendo alusión a la doctrina del Tribunal Supremo en los siguientes términos:

“a) La buena fe es consustancial al contrato, en cuanto por su naturaleza sinalagmática 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 ha de observar el trabajador respecto de la empresa como consecuencia del postulado de fidelidad. b) La buena fe como moral social, formadora de criterios inspiradores de conductas para el adecuado ejercicio de los derechos y fiel cumplimiento de los deberes, ha trascendido al ordenamiento jurídico, y en el Estatuto de los Trabajadores viene refleja-

do en los arts. 20.2, 50.1.a) y 54.2.d), expresamente. 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 impone. También consiste en usar con exceso el empleo de la confianza que ha recibido de la empresa, en razón del cargo que desempeñaba, rebasando los límites que el cargo ostentado tiene por su propia naturaleza y ello en provecho propio o de tercero, que no sea, naturalmente acreedor directo de las prestaciones empresariales. e) La falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de lucro personal ni haber causado perjuicios a la empresa (...) En definitiva se exige un conducta grave y culpable.”

– La **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2002**, I.L. J 2818 (recurso 6540/2002) considera haberse trasgredido la buena fe contractual y abuso de confianza, al haber simultaneado un aparejador el ejercicio libre de la profesión con su trabajo, en el horario de permanencia en la empresa.

– La **STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2002**, I.L. J 3136 (recurso 492/2002) considera una quiebra a la buena fe contractual el comportamiento de un trabajador consistente en acudir a la empresa en domingo, cuando menos personal había, para manipular los ordenadores, borrando información; incurrir en diferencias en la facturación, cuando el objeto de su contratación era el control y seguimiento de trámites administrativos, o realizar trabajos para otra empresa con el tiempo y medios de la empresa con la que mantenía su vínculo laboral.

– La **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2002**, I.L. J 3162 (recurso 2138/2002) valora como de grave deslealtad la conducta reiterada de un trabajador materializada en cursar a la empresa gastos y actividades laborales inexistentes.

– La **STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 2002**, I.L. J 2918 (recurso 595/2002) enjuicia los hechos que motivan el despido de un trabajador como trasgresión a la buena fe contractual, abuso de confianza en el puesto de trabajo, disminución continuada y voluntaria en el trabajo y embriaguez habitual encuadrables en el artículo 54.2.d), e) y f) del Estatuto de los Trabajadores; consistiendo las faltas cometidas por el trabajador en 10 faltas muy graves de fraude, deslealtad y abuso de confianza, 7 faltas muy graves por abandono de puesto de trabajo y disminución voluntaria y continuada en el rendimiento normal del trabajo, y la conducción de vehículos a motor de la empresa bajo los efectos del alcohol.

– La **STSJ de Extremadura de 3 de diciembre de 2002**, I.L. J 2919 (recurso 555/2002) declara la procedencia del despido disciplinario de un conductor de autobuses por entregar un billete de autobús por un importe de 0 pesetas, así como por abandonar en una de las paradas en el trayecto interurbano a una pasajera que había ido al servicio, pese a los requerimientos del resto del pasaje. Alude la Sentencia a la no aplicación del principio

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“pro operario” en el plano probatorio, sino en el de interpretación de las normas en el sentido más favorable al trabajador cuando admite varios significados.

– La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de noviembre de 2002**, I.L. J 3015 (recurso 773/2002) concluye la procedencia del despido por trasgresión de la buena fe contractual, en un supuesto en el que una trabajadora utiliza datos de alumnos y archivos de su empresa y remitiéndoles una carta invitándoles a cursar una especialidad a través de una Escuela de Ciencias de la Salud de Madrid; Escuela que realiza actividad en competencia real con la actividad de la empresa. Para el Tribunal la actora incurrió en un incumplimiento grave y culpable [artículo 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores], “pues es evidente que si la empresa codemandada estaba autorizada para impartir dichos cursos, el que una trabajadora suya envíe propaganda a los alumnos de la empresa codemandada de la impartición de esos mismos cursos en otra empresa es una falta de lealtad a su empresa, y en consecuencia la calificación del despido como procedente es ajustada a derecho”.

Por el contrario no considera justificado el despido disciplinario practicado a un trabajador que utiliza las instalaciones, herramientas y utensilios de la empresa de reparación de vehículos la **STSJ de Extremadura de 19 de diciembre de 2002**, I.L. J 2926 (recurso 589/2002). Para la Sala resulta fundamental el hecho de que la empresa hubiese tolerado tradicionalmente que sus empleados reparasen sus vehículos en la empresa, siendo costumbre además que en el departamento de recambios, se tomasen las piezas que se necesitaban tomando debida nota de las mismas.

Considera la Sala que “el régimen de tolerancia de la patronal sobre estas actividades de sus subordinados (...) no justificaba la sanción de despido apoyada en actos realizados en el clima de tolerancia y dentro del margen de la misma, (...) ya que ello equivale a un ejercicio abusivo de las facultades disciplinarias”.

Falla asimismo la improcedencia del despido la **STSJ de Extremadura de 27 de diciembre de 2002**, I.L. J 2929 (recurso 592/2002), respecto de una trabajadora que sustrae documentos originales de la empresa para su aportación al acto de juicio en reclamación de cantidad, documentos de uso interno y de especial interés para el desarrollo de la actividad de la empresa, de las cuentas de la empresa, márgenes comerciales, etc. Para la Sala:

“no puede apreciarse mala fe ni deslealtad en un trabajador que fotocopia documentos de la empresa con el único objeto de demostrar que su salario real es el que reflejan tales documentos y no los oficiales que maneja la empresa, que es lo que hizo el actor, puesto que con su actitud está defendiendo exclusivamente sus intereses frente a su fraude empresarial cuya ilegalidad y deslealtad no puede quedar protegida por el derecho como ahora pretende (...) la utilización de la documentación de la empresa fotocopiada, desde luego sin su autorización, para su aportación a un acto de juicio y que no ha producido perjuicio o menoscabo en la actividad económica de la empresa, y sólo el reconocimiento de los legítimos intereses de los trabajadores, provocada por el incumplimiento empresarial en cuanto al abono de un complemento y unas comisiones, no puede calificarse como atentatoria

de la buena fe contractual, lo que ha de llevar a la calificación de improcedencia de los despidos acordados por la empresa”.

B) La forma del despido

Uno de los requisitos de forma ineludibles del despido es el referido al contenido de la comunicación que deberá realizarse por escrito. Al mismo se refiere la **STSJ de Extremadura de 27 de diciembre de 2002**, I.L. J 2929 (recurso 592/2002), que declara la improcedencia del despido de una trabajadora que sustrae documentos originales de la empresa para su aportación al acto de juicio en reclamación de cantidad, documentos de uso interno y de especial interés para el desarrollo de la actividad de la empresa, de las cuentas de la empresa, márgenes comerciales, etc. Hechos que se detallan en la carta de despido y por tanto cumplen tal requisito legal y que concreta en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo:

“Esta exigencia ha sido reiteradamente interpretada por la Sala en el sentido que sintetiza la Sentencia de 3 de octubre de 1988, a tenor de la cual ‘aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquéllos, sí se exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquéllos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala –SS de 17 de diciembre de 1985, 11 de marzo de 1986, 20 de octubre de 1987, 19 de enero y 8 de febrero–, cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador’. Esta doctrina se reitera por las Sentencias de 22 de octubre de 1990 y 13 de diciembre de 1990.”

C) El despido tácito

Al despido tácito se refiere la **STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2002**, I.L. J 2679 (recurso 1852/2002). Niega haberse producido despido tácito en un supuesto en el que la trabajadora preavisa a la empresa su baja voluntaria y la empresa notifica la baja en la Seguridad Social unos días antes de la baja efectiva. Lo característico del despido tácito, señala en su fundamentación jurídica “es la voluntad inequívoca de la empresa de poner fin a la relación que le une con el trabajador, siendo hechos exteriorizadores de dicha voluntad la falta de ocupación efectiva acompañada del impago de salarios al trabajador”. En todo caso, la baja en el sistema de Seguridad Social en una fecha que no es la correcta, deberá subsanarse.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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

De entre las resoluciones analizadas aluden a la amortización de puestos de trabajo la **STSJ de Navarra de 13 de noviembre de 2002**, I.L. J 2574 (recurso 360/2002), confirma la procedencia de la extinción de la relación laboral de un trabajador médico oftalmólogo que prestaba servicios a tiempo parcial en el Centro de Reconocimiento de Conductores de Estella, dependiente del Colegio Oficial de Médicos de Navarra, al considerar acreditadas tanto las pérdidas del Colegio de Médicos en su conjunto como la falta de viabilidad del centro de Estella. “Es obvio que acreditadas las pérdidas acumuladas del centro de Estella, y acreditada su falta de viabilidad económica, la extinción del contrato del recurrente se ajusta a la necesidad de racionalizar la actividad de la empresa demandada, que se enfrenta a una crisis financiera, en una actividad que no es imprescindible a sus fines.”

La amortización de puesto de trabajo, en este caso de un alto directivo con relación laboral común, se analiza en la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2858 (recurso 2620/2002). Califica la relación de común y no especial [vid. *supra* crónica 2.A)] y confirma la válida extinción de la relación, dado que considera acreditado que la empresa tiene dificultades, extremo acreditado por la existencia de un expediente de regulación de empleo, informes sobre organización de la empresa, así como por el hecho de que la doble dependencia dificultase la marcha de la empresa, haciendo los procesos de decisión más lentos, lo que hacía que la organización fuese ineficaz, en definitiva “existe una base fáctica que justifica una reorganización (...)” “La amortización del puesto de trabajo del actor así aparece como una medida razonable que podrá triunfar o no pero que busca de una manera racional el superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa”.

Considera procedente el despido objetivo practicado la **STSJ de Extremadura de 3 de octubre de 2002**, I.L. J 2931 (recurso 462/2002), que declara la situación económica negativa de la empresa, plenamente acreditada, significando la Sala que “la decisión extintiva basada en causas económicas debe contribuir a superar una situación económica negativa, entendiendo que si se cierra la empresa no se puede superar tal situación”.

La **STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2002**, I.L. J 3020, declara la válida extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas, en un negocio que ha cerrado y del que se han demolido sus instalaciones, ya que “es la solución que impone, no sólo el tenor literal del texto legal, sino la fuerza de la lógica”.

Por el contrario declara la improcedencia del despido la **STSJ de Extremadura de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 2934 (recurso 463/2002). Analiza la causa organizativa que esgrime la empresa, y niega que ésta esté ligada a un problema real de dificultad de mantenimiento de la competitividad de la empresa en el mercado ni a las exigencias de la demanda.

“La indicada dificultad (sobre la competitividad de la empresa o las exigencias de la demanda en el mercado) no consta que concurra, sin perjuicio de que la demandada, que como entidad mercantil tiene como fin primordial el conseguir los máximos beneficios económicos, obtenga éstos a costa de reducir el coste salarial. No obstante ello, la causa justificativa de la medida extintiva no puede ser la conveniencia o el mayor lucro de la demandada –lucro lógico cuanto más puestos de trabajo suprima–, sino que ha de estar ligada a un fin, cual es el mantenimiento de la actividad empresarial ligado a suprimir la dificultad basada en ‘la competitividad de la empresa en el mercado o en las exigencias de la demanda’. No obstante ello, la causa justificativa de la medida extintiva no puede ser la conveniencia, destinada a un progreso o ahorro visible en la demandada, sino que ha de estar ligada a un fin cual es el mantenimiento de la actividad empresarial ante dificultades generales ‘por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demandada’. Y es evidente que, en el caso de autos, la circunstancia de reposición o acondicionamiento de la cámara frigorífica para que ésta pueda mantener valores superiores a los -18°C , no incide en la competencia existente en el mercado (...), ni en los pedidos de los clientes, lo que impide incardinar la misma en el apartado c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.”

Asimismo también falla la improcedencia de la extinción por causas objetivas la **STSJ de La Rioja de 31 de octubre de 2002**, I.L. J 3096 (recurso 260/2002), dado que para la Sala “no se desprende en absoluto una situación económica negativa, ni una situación económica en descenso, ni siquiera un plan empresarial coherente y serio dirigido a responder a las exigencias del mercado mediante una mejor organización de los recursos, ni siquiera ha sido demostrada la existencia de dificultades que impidan un buen funcionamiento de la empresa”.

B) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

Por lo que se refiere a la responsabilidad del FOGASA en un despido objetivo en una empresa de menos de veinticinco trabajadores, la **STSJ de Aragón de 18 de diciembre de 2002**, I.L. J 2733 (recurso 568/2002), reconoce el derecho a reclamar directamente del FOGASA el 40 por ciento de la indemnización que corresponda, así como a reclamar con carácter subsidiario el 60 por ciento de la indemnización por la extinción, ya que “los destinatarios (...) fueron destinatarios de un despido objetivo, (...) demandaron a la empresa la indemnización que estimaban debía abonarles, obteniendo sentencia –firme– estimatoria y –ulteriormente– la empresa fue declarada insolvente; (...) lo que les hacía acreedores a obtener del FOGASA, en los límites legales la prestación reclamada”.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2002**, I.L. J 2896 (recurso 640/2001) analiza un supuesto de despido colectivo y el derecho de los trabajadores al devengo del premio de servicios prestados previsto en convenio colectivo; la sentencia falla a favor de reconocer el derecho de los trabajadores de la parte proporcional del devengo en función de la duración de la vinculación contractual.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

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

A) La acción de despido

La STSJ de Valencia de 11 de marzo de 2002, I.L. J 2772 (recurso 3426/2001), desestima la acción por despido respecto de una trabajadora que se niega a firmar el contrato de trabajo, presentado por la empresa al día siguiente de su alta en la Seguridad Social, sin motivos que justifiquen su negativa.

La STSJ de Valencia de 26 de marzo de 2002, I.L. J 2783 (recurso 3583/2001), revoca la sentencia de instancia que no entraba a conocer sobre el fondo del asunto al haber estimado la excepción de “alta de legitimación *ad causam*”, con motivo de la firma del finiquito por el trabajador. Rechaza la Sala la excepción procesal, y remite los autos al Juzgado de lo social a fin de que falle sobre la valoración jurídica del despido.

B) La caducidad de la acción

Estiman la caducidad diversas resoluciones: la STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de noviembre de 2002, I.L. J 2685 (recurso 2194/2002), al haberse presentado la demanda superando en un día el plazo que genera la caducidad de la acción que se ejercita. No considera viable la presentación de la demanda hasta las quince horas del día siguiente al del vencimiento del plazo a que esté sujeto, ya que considera que el artículo 135.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no deroga al artículo 45 de la Ley de Procedimiento Laboral. La STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2002, I.L. J 2801 (recurso 5959/2002), también declara caducada la acción, al haberse ejercitado superando en un día el plazo de veinte días hábiles. En el cómputo recuerda la Sala que intentada la conciliación el cómputo de la caducidad se reanuda transcurridos quince días desde su presentación, sin que se haya presentado, con lo que el día de la presentación de la papeleta no computa como excluido.

Asimismo la STSJ de Baleares de 24 de octubre de 2002, I.L. J 2916 (recurso 509/2002), confirma la caducidad de la acción, en un supuesto en el que aun suspendido el plazo de caducidad para solicitar representación letrada en turno de oficio, se interpone demanda superado el plazo de dos meses desde la solicitud de letrado.

Señala la Sala “se reanuda el cómputo del plazo desde la notificación al solicitante de la designación provisional, y en todo caso, en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud”.

Por el contrario desestiman la caducidad la STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2002, I.L. J 2570 (recurso 6216/2002), que declara la improcedencia del despido, e inadmite la excepción de caducidad. La STSJ de Valencia de 11 de abril de 2002, I.L. J 2790 (recurso 125/2002) desestima la caducidad de la acción en un supuesto en el que se presentan dos escritos ampliando la demanda inicialmente presentada. Alude la Sala al criterio mantenido en sentencias anteriores en las que se dice:

“Como ha señalado esta Sala de forma reiterada –SS de 2 y 9 de marzo, 7 de abril, 1, 16 de junio, 11 de octubre de 2000 y 25 de enero de 2001, entre otras–, es institución jurídica que actúa automáticamente, siendo aplicable incluso de oficio, para determinar la pérdida de un derecho o acción por su no ejercicio durante el plazo marcado por la Ley, sin que las partes ni los Tribunales puedan contener su actividad y consecuencias extintivas, que se producen simplemente por el mero transcurso del tiempo, dada su específica finalidad de dar seguridad al tráfico jurídico, siendo doctrina constante del Tribunal Constitucional que el derecho reconocido en el art. 24.1 CE no se agota en la garantía de acceso a la justicia, sino que su contenido normal implica la obtención de un pronunciamiento judicial de fondo sobre las pretensiones deducidas; y si bien es cierto que también la inadmisión o la apreciación de un obstáculo impeditivo para tal decisión puede ser conforme con las exigencias de aquel derecho fundamental, es preciso para ello que concurra una causa legalmente prevista en una norma reguladora del ejercicio de la correspondiente acción, que, además, debe ser aplicada en el sentido más favorable a dicho ejercicio, teniendo siempre en cuenta la naturaleza y finalidad del requisito que impone, SSTC 11/1982, de 29 de marzo, 37/1982, de 16 de junio, 65/1983, de 21 de julio, 42/1984, de 26 de marzo, 43/1985, de 22 de marzo, 19/1986, de 7 de febrero y 232/1988, de 23 de diciembre, en este caso, no se produce al no transcurrir más de veinte días entre la fecha en que se tuvo conocimiento de tal realidad asociativa y la de la interposición de la demanda ampliatoria y en su caso, la demanda se formula dentro de plazo y su posterior ampliación para traer al proceso a personas y organismos que completan la personalidad del demandado, no constituye una nueva demanda, sino en todo caso una subsanación de defectos, STS de 24 de julio de 1989.”

También niega haber caducado la acción la **STSJ de Valencia de 11 de abril de 2002**, I.L. J 2792 (recurso 127/2002), que considera causa de suspensión en el cómputo del plazo de caducidad la solicitud y designación de letrado en el turno de oficio, al igual que lo hace la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2002**, I.L. J 2895 (recurso 579/2002), que revoca la sentencia de instancia al entender que al haber suspendido el plazo la solicitud de designación de letrado de oficio la demanda fue presentada en plazo.

La **STSJ de Valencia de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 2778 (recurso 3587/2001) revoca la sentencia de instancia que estimaba caducada la acción y declara que la acción se ha ejercitado en plazo al haberse presentado el vigésimo día hábil desde la fecha del despido, y no en el vigésimo primero que estima el Juzgado de Instancia.

“Pero es que además no es ocioso señalar que, aun cuando hubieran transcurrido los veintidós días que señala la sentencia recurrida, tampoco podría considerarse caducada la acción de despido, pues como ha señalado esta Sala en sentencias, por ejemplo de 18 y 24 de enero de 2002 recogiendo el criterio sentado en la resolución de 7 de mayo de 2001, al ser de aplicación al proceso laboral la previsión contenida en el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y dado que la demanda iniciadora de las presentes actuaciones se presentó antes de las quince horas del día, que según la sentencia recurrida, sería el vigésimo primero, la presentación se habría producido en tiempo hábil.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

La procedencia del despido disciplinario es analizada por diversas resoluciones (vid. supra VI.3). Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo [art. 54.2.a) ET] que dan lugar al despido son analizadas en la **STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2002**, I.L. J 2546 (recurso 3548/2002) respecto de una no reincorporación al puesto de trabajo tras ser requerido de forma fehaciente por la empresa, con posterioridad al alta médica tras un proceso de incapacidad temporal, con propuesta de lesiones no invalidantes; La **STSJ de Valencia de 11 de abril de 2002**, I.L. J 2791 (recurso 3669/2001) respecto de unas ausencias durante cuatro días hábiles y un quinto acude a su puesto de trabajo a las once de la mañana, sin justificación alguna; La **STSJ de Cataluña de 13 de diciembre de 2002**, I.L. J 2814 (recurso 5805/2002) respecto de una no reincorporación tras causar alta médica, para comparecer ante la empresa días después, y presentar informe médico en el que se indicaba que se encuentra incapacitada laboralmente, no reincorporándose a su puesto tras ser requerida por la empresa, ni justificando la situación de incapacidad temporal, o por último la **STSJ de Galicia de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 3147 (recurso 4514/2002) por la no comunicación a la empresa del parte de baja.

A las *ofensas verbales o físicas* al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos [art. 54.2.c) ET] que justifican la procedencia del despido se refiere la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 5 de noviembre de 2002**, I.L. J 2692 (recurso 912/2002), basándose en los hechos probados contenidos en sentencia firme en vía penal por agresión; o la **STSJ de Valencia de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 2779 (recurso 3551/2001) respecto de conductas agresivas y amenazadoras.

Constituye *trasgresión de la buena fe contractual*, o abuso de confianza en el desempeño del trabajo que justifican el despido [art. 54.2.d) ET], los hechos analizados en sentencias como la **STSJ de Aragón de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2732 (recurso 1290/2002), que resuelve un supuesto de confrontación de derechos como la libertad de expresión y el derecho al honor, considerando prevalente este último.

Otro grupo de sentencias analizan supuestos de *apropiaciones indebidas* de los trabajadores, destacando resoluciones como la **STSJ de Valencia de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 2760 (recurso 3924/1999) que valora el trasvase de combustible de la cisterna del vehículo de la empresa hacia el vehículo de su propiedad; la **STSJ de Murcia de 7 de octubre de 2002**, I.L. J 2950 (recurso 894/2002) respecto del intento de sustracción por parte del jefe de departamento de pescadería de un supermercado de “El Corte Inglés”, de productos de pescadería camuflados en los bolsillos de su anorak; La **STSJ de Murcia de 7 de octubre de 2002**, I.L. J 2952 (recurso 887/2002) respecto a hechos como la firma de documentos de la empresa con prohibición expresa para hacerlo, alteración del control de visitas ordinarias en beneficio propio y en perjuicio económico para el Museo, utilización del teléfono del Museo para asuntos personales en beneficio particular, apertura de correspondencia del Museo y ocultamiento de documentos de la empresa.

A la utilización y divulgación de *información confidencial* se refiere la **STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2002**, I.L. J 2805 (recurso 6024/2002) respecto de un trabajador con contrato de *alta dirección* que da publicidad a datos y métodos de investigación y trabajo a directivos de otra empresa, convocando reuniones con ellos, e indicando a los subordinados que faciliten información confidencial.

Se analizan otras trasgresiones como el ejercicio libre de la profesión de aparejador con su trabajo, en el horario de trabajo en la **STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2002**, I.L. J 2818 (recurso 6540/2002); la manipulación de equipos informáticos y destrucción de ficheros en la **STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2002**, I.L. J 3136 (recurso 492/2002); cursar a la empresa gastos y actividades laborales inexistentes en la **STSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2002**, I.L. J 3162 (recurso 2138/2002); la disminución continuada y voluntaria en el trabajo y embriaguez habitual en la **STSJ de Extremadura de 30 de diciembre de 2002**, I.L. J 2918 (recurso 595/2002); la entrega de billetes de autobús sin cobrar su precio o el abandono a una pasajera durante una de las paradas del viaje interprovincial en una gasolinera en la **STSJ de Extremadura de 3 de diciembre de 2002**, I.L. J 2919 (recurso 555/2002), o la utilización de bases de datos de la empresa para enviar publicidad de la competencia en la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de noviembre de 2002**, I.L. J 3015.

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

El Tribunal Supremo ha resuelto en unificación de doctrina tres supuestos de *cesión ilegal de trabajadores* de la Consejería de Agricultura y Medio ambiente de la Junta de Castilla-La Mancha, todos ellos con la misma respuesta jurídica. La **STS de 19 de noviembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2481 (r.c.u.d. 909/2002) alude a sentencias anteriores (Sentencias de 12 de marzo, 19 de junio o de 17 de septiembre de 2002), y resuelve que el trabajador sujeto pasivo de una cesión ilegal “no adquiere en la Administración la condición de fijo de plantilla, sino la de trabajador por tiempo indefinido”; La misma respuesta jurídica contienen otras resoluciones como la **STS de 11 de diciembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2611 (r.c.u.d. 639/2002), y la **STS de 27 de diciembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2654 (r.c.u.d. 1259/2002).

La **STSJ de Madrid de 4 de octubre de 2002**, I.L. J 2944 (recurso 3161/2002), confirma la improcedencia y desestima la petición de nulidad en un supuesto de extinción en el que el trabajador alega vulneración de derechos fundamentales, con motivo de la existencia previa de un proceso judicial instado por el trabajador que terminó con sentencia firme que declaraba la nulidad del despido y condenaba solidariamente a RTVE y a “Meta 10, SL” al apreciar cesión ilegal entre ambas empresas. No se acredita para la Sala vulneración de derecho fundamental, ya que la decisión de no renovación de contrato que analiza despliega sus efectos, no sólo sobre el trabajador del supuesto, sino sobre todos los

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

trabajadores “y no solamente sobre los que previamente hayan reclamado por el concepto de cesión ilegal”.

La **STS de 25 de noviembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2485 (r.c.u.d. 1038/2002) falla en unificación de doctrina la improcedencia de la extinción de la relación laboral en un supuesto de *contratos anuales* por obra o servicio determinado por un Ayuntamiento para “la realización del Proyecto Subvencionado Planes Concertados”. Desestima el recurso de casación y unifica doctrina en torno a la consideración de la nulidad de la cláusula de temporalidad, por no obedecer a una causa real que pueda ampararse en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Para la Sala no puede presumirse el carácter temporal del contrato, ya que “del carácter anual del Plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquél subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian”.

Motiva la sentencia en que:

“El Ayuntamiento está obligado a mantener permanentemente los servicios sociales básicos. Así resulta de Ley Canaria 9/1987, que recuerda ya en su preámbulo que la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de la Ley de Bases del Régimen Local, establece en el art. 25.2.K) que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de prestación de los servicios sociales. Pues bien, la Ley Canaria, en su art. 5 antes citado, enumera los servicios que deberán cubrirse, es decir, con carácter obligatorio. En el mismo sentido, el art. 26.1.c) dispone que en todo caso, los municipios con población superior a 20.000 habitantes deberán prestar servicios sociales, que son los enumerados en los arts. 6 y 7. Conclusión, si se trata de servicios de prestación obligatoria permanente, resulta obvio que no puede presumirse la temporalidad del contratado (...) Que no es necesariamente signo de temporalidad, que la dotación presupuestaria de una obra o servicio concreto, tenga que estar incluida en los presupuestos anuales. La financiación anual es mera consecuencia de la obligación que impone el art. 112 de la Ley de Bases del Régimen Local 7/1985 (...)”

A la *contratación temporal irregular* también alude la **STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002**, I.L. J 2808 (recurso 5349/2002). Declara la sentencia la improcedencia de la extinción de la relación laboral de unos peones de la construcción que se inició sin constatación escrita y cuando se documentó posteriormente, lo fue sin especificar la obra para la que se les contrataba.

El cese del trabajador con anterioridad a la finalización de la obra para la que había sido contratado provoca la improcedencia del despido como señala la **STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2847 (recurso 2256/2002), ya que la empresa no probó “la simultánea finalización de la obra y del contrato que la tenía por objeto”.

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de octubre de 2002**, I.L. J 2866 (recurso 1904/2002) condena a la empresa usuaria y no a la ETT, a las consecuencias del despido improcedente de un trabajador que tras la finalización del contrato de obra o servicio, continúa prestando servicios en la empresa usuaria.

La STSJ del País Vasco de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 3166 (recurso 1995/2002) estima en relación a la figura del contrato de obra o servicio en el que no se ha especificado claramente su duración, su presunción de contrato indefinido y con ello la improcedencia de su extinción.

La interinidad es analizada en resoluciones como la STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de junio de 2002, I.L. J 3064 (recurso 806/2002), que condena a una ETT que formaliza contrato de trabajo de interinidad, al declarar la improcedencia del despido practicado a un trabajador, ya que la empresa usuaria no ha comunicado fehacientemente la finalización del proceso selectivo, habiendo sido éste el motivo de la contratación en interinidad.

También considera improcedente la extinción la STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2002, I.L. J 3176 (recurso 2365/2002). El supuesto analizado se refiere a una decisión de correos de extinguir un contrato de interinidad, cuando la trabajadora sustituida no ha dejado de desempeñar provisionalmente otro puesto de trabajo.

La STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2002, I.L. J 2819 (recurso 6536/2002) estima la improcedencia del despido en un supuesto de contratación temporal en fraude de ley respecto de un contrato eventual por circunstancias de la producción, en el que se especificaba era “para atender la campaña publicitaria de las instalaciones de aire calor/frío”, habiéndose dedicado no obstante el trabajador a tareas que no revisten el carácter de eventualidad, “si por tal se entiende un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido por la plantilla actual ni razonablemente aconseja, por su excepcionalidad, un aumento del personal fijo”; por ello considera la Sala que los servicios prestados no fueron circunstanciales sino que respondían a necesidades permanentes y constantes de la empresa, con lo que el contrato se presume concertado por tiempo indefinido y la extinción resulta improcedente. Asimismo la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de julio de 2002, I.L. J 3074 (recurso 738/2002) declara la improcedencia de la extinción del contrato ya que la modalidad contractual “se utilizó para satisfacer las necesidades ordinarias o cotidianas de la empresa”; considera la Sala que se produce una verdadera desnaturalización de la esencia u objeto del contrato que lo convierten en indefinido.

A la improcedencia del despido practicado durante el período de prueba cuando este pacto es nulo se refiere la STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2002, I.L. J 2543 (recurso 2679/2002); ya que tal pacto está viciado de nulidad “cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”. Asimismo la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de julio de 2002, I.L. J 3070 (recurso 641/2002) también declara la improcedencia del despido de un trabajador minusválido durante el período de prueba en un supuesto en el que el período de adaptación/prueba de seis meses es nulo porque la empresa no propició la intervención del equipo multiprofesional.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

La **STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2669 (recurso 1873/2002) declara la improcedencia del despido de un trabajador con el que se suscribe contrato eventual por circunstancias de la producción, en el que se rebasa el tiempo máximo de duración previsto en el Estatuto de los Trabajadores, en base a una mayor duración contemplada en convenio colectivo extraestatutario. La Sala falla la improcedencia porque el trabajador no estaba afiliado a ninguno de los sindicatos que suscribieron el convenio ni tampoco existió una adhesión personal del trabajador al convenio. Por ello, dado que se trata de pactos de eficacia limitada no se considera aplicable al trabajador.

Matiza el tribunal respecto de la adhesión, que ésta “requiere para su eficacia una manifestación expresa, clara, consciente e individualizada de aceptación al sometimiento de la norma pactada colectivamente de naturaleza extraestatutaria”.

Según la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2857 (recurso 2701/2002) corresponde la declaración de improcedencia del despido practicado a un trabajador sobre la base de su inimputabilidad, por perturbación de sus facultades, ya que éste se encontraba en una situación de “hipervigilancia angustiosa, suspicaz, receloso, con pensamiento dirigido por la finalidad temática de su problemática laboral que predomina tiránicamente en el campo de su consciencia, (...) con trastorno de alarma mantenido, siempre presente” lo que hizo que el trabajador se descompensara y diese lugar a un cuadro de agitación psicomotora cargado de exaltación, ansiedad y paranoidismo.

Para la Sala:

“si tal era el cuadro en el momento de ocurrir los hechos (...) y si éste ha conllevado la necesidad de ingreso en hospital psiquiátrico sin duda no puede dudarse (...) la ausencia de culpabilidad en los insultos, amenazas y expresiones injuriosas, pues no cabe dudar que su reacción fue fruto de esa fijación tiránica que predomina en la consciencia (...), que se descompensa ante determinadas situaciones y que, por la exaltación y paranoidismo en que desemboca, priva a quien la padece del control de sus emociones y, en definitiva, de la voluntad necesaria para que puedan atribuírsele sus acciones a título de culpa”.

A la improcedencia del despido como consecuencia del incumplimiento de las garantías de los representantes de los trabajadores se refiere la **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 3094 (recurso 206/2002). Confirma la Sala la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido de un delegado de personal por el trámite defectuoso del expediente contradictorio previo al despido. El Convenio Colectivo Estatal de Empresas Consultoras de Planificación, Organización de Empresas y Contable, que resulta de aplicación dispone la necesidad de “instrucción de expediente en la imposición de sanciones a los trabajadores que ostentan cargos electivos sindicales”, y regula de forma imperativa la forma de su tramitación, en concreto “se iniciará con una orden escrita del Jefe de la empresa, con la designación del Instructor y del Secretario. Comenzarán las actuaciones tomando declaración al autor de la falta y a los testigos, admitiendo cuantas pruebas aporten. En los casos de falta muy grave, si el instructor lo juzga pertinente, propondrá a la Dirección de la empresa la suspensión de empleo y sueldo del inculpado por el tiempo que dure la incoación del expediente, previa audiencia de los correspondientes

representantes legales de los trabajadores”. En el caso analizado la empresa comunicó al trabajador la apertura de expediente contradictorio y formuló pliego de cargos, el trabajador presentó dos días después escrito de alegaciones y solicitó que se le diera traslado de la copia íntegra del expediente contradictorio, así como de la documentación correspondiente a las pruebas sobre las que se basaba, notificando la empresa al día siguiente Carta de despido.

Para la Sala resulta patente de ello el incumplimiento de la empresa de tramitar, en los términos previstos en el Convenio Colectivo, del correspondiente expediente contradictorio. Incumplimientos que concreta en que “No existe una orden escrita del Jefe de la empresa, con la designación del Instructor y del Secretario”, tampoco aparece ninguna toma de ‘declaración al autor de la falta y a los testigos’, se habla en el pliego de cargos de quejas ‘refrendadas por más de 25 trabajadores’, y ninguna declaración aparece incorporada al expediente; se notifica la incoación del expediente al actor el 5 de febrero de 2002, éste formula alegaciones el siguiente día 7, y el día 8 del mismo mes se le comunica el despido, habiendo hecho caso omiso de su solicitud de que se le trasladase copia íntegra del expediente y de la documentación correspondiente a las pruebas en que aquél se basaba, para poder articular su defensa.” Hechos que para la Sala provocan como consecuencia jurídica la improcedencia del despido, con derecho de opción del delegado de personal entre readmisión o indemnización.

La STSJ de Extremadura de 28 de noviembre de 2002, I.L. J 3135 (recurso 523/2002) declara la improcedencia de la extinción pretendida con motivo del fallecimiento de la empresaria, en un supuesto en el que la empleadora se había jubilado veinte años antes y había continuado su hijo con el negocio.

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

La STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de junio de 2002, I.L. J 3065 (recurso 1186/2002) analiza los efectos del ejercicio del derecho de opción cuando éste se ejercita de forma distinta por cada una de las dos empresas condenadas. Para la Sala de entre ellas prevalece la realizada por la que en el momento del despido ostentaba la condición de empresario, máxime cuando se ha optado por la readmisión.

a) La indemnización: cuantía y cálculo

La STS de 19 de noviembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2841 (r.c.u.d. 909/2002) resuelve un conflicto en torno al cálculo de la indemnización en un supuesto en el que durante un tiempo se compatibilizaron funciones de Consejero Delegado y alto cargo. Alude el Tribunal al criterio ya unificado en el sentido señalado en las Sentencias de 21 de enero, 13 de mayo y 3 de junio y 18 de junio de 1991, 27 de enero de 1992 (recurso 1368/1991) y 11 de marzo de 1994 (recurso 1318/1993), fallando a favor de la no consideración de la relación como laboral durante el período controvertido, y excluyendo en

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

consecuencia del cómputo de años de servicio ese tiempo para determinar la cantidad que le corresponde percibir al trabajador en concepto de indemnización. Para la Sala:

“en el desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no calificables de alta dirección, sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral”.

La STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2002, I.L. J 2817 (recurso 4785/2002), revoca la sentencia de instancia en el sentido de reconocer que “a efectos del cálculo de la indemnización por despido, el salario realmente computable debe ser el efectivamente percibido en la fecha del despido”.

b) Salarios de tramitación

Al pago de los salarios de tramitación convenidos en conciliación y a los supuestos en los que de su pago resulta responsable el FOGASA alude en unificación de doctrina la STS de 26 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2716 (r.c.u.d. 644/2002). La sentencia analiza si es responsable el Fondo del pago de los salarios de tramitación acordados ante el UMAC, a la luz de la Sentencia del TJCE de 12 de diciembre de 2002. Considera el Tribunal, pese a la primacía de la jurisprudencia del TJCE en materia de Derecho Comunitario, que no es extensible al supuesto que enjuicia, ya que la sentencia del Tribunal de Justicia alude a un supuesto de conciliación judicial y no a un supuesto de conciliación extrajudicial ante el UMAC como al que se refiere el supuesto analizado por el Tribunal Supremo.

Concreta la Sala:

“que la cuestión prejudicial que le fue planteada al TJCE, y que éste resolvió, se refería específicamente a la conciliación celebrada a la presencia judicial, tal como aparece disciplinada en art. 84 de la LPL. Con estas premisas, llegamos 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 ello es así por las siguientes razones: 1º. 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. 2º. 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'. 3º. 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 desaprobar por parte de ningún órgano jurisdiccional.

En definitiva, partiendo de la base de que la doctrina de la Sentencia del TJCE a la que nos estamos refiriendo no es posible extenderla al supuesto aquí enjuiciado, 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 (...) 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.º 3 de la Constitución española), y también por ser ello acorde con la naturaleza y finalidad del recurso de casación unificadora”.

La **STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2002**, I.L. J 2816 (recurso 5556/2002), niega efectos limitadores a la consignación judicial realizada por el empresario tras el reconocimiento de la improcedencia del despido, ya que la cantidad ofrecida por salarios de tramitación fue inferior a la que le correspondía al trabajador. Tampoco opera la limitación en el pago de los salarios de tramitación, en el supuesto analizado por la **STSJ de Extremadura de 11 de diciembre de 2002**, I.L. J 2922 (recurso 558/2002), ya que pese a reconocer la empresa antigüedad y salario módulo del cálculo de la indemnización que son acogidos en sentencia posteriormente, la consignación efectuada no se hizo en debida forma, lo que para la Sala constituye un error inexcusable.

Al pago de los salarios de tramitación por el Estado cuando se supera el plazo de 60 días para dictar sentencia que declare por primera vez la improcedencia del despido (art. 57.1 ET), se refiere la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 2 de diciembre de 2002**, I.L. J 2852 (recurso 454/2000).

Corresponde al Estado según doctrina del Tribunal Supremo contenida en Sentencias de 30 de septiembre y 30 de diciembre de 1998 “abonar íntegramente los salarios de tramitación, extendiendo el período que excede de los 60 días en un doble sentido: hacia atrás, hasta cubrir todos los salarios de tramitación y no sólo el que exceda de esos 60 días y hacia adelante, hasta la notificación de la sentencia”.

La **STSJ de Aragón de 21 de octubre de 2002**, I.L. J 2870 (recurso 938/2000) analiza un supuesto de desistimiento de un contrato de alta dirección, modalidad contractual para la que no se prevé el pago de salarios de tramitación. Motivo por el que revoca parcialmente la sentencia.

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

C) Otras cuestiones conexas

La STSJ de Valencia de 19 de abril de 2002, I.L. J 2796 (recurso 1332/2000), analiza la acción ejercitada en reclamación de cantidad por una trabajadora correspondiente a la valoración de las *stock options* a que hubiese tenido derecho a ejercitar si no hubiese sido improcedentemente despedida. Alude la sentencia a un supuesto idéntico resuelto por el Tribunal Supremo. El Tribunal Superior confirma la sentencia desestimatoria de instancia, ya que con independencia de la naturaleza salarial o extrasalarial del concepto retributivo, “en el momento en el que la demandante ejercitó la acción, el derecho aún no era exigible”.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

Nuestro ordenamiento contempla una causa objetiva de la nulidad en aquellos despidos producidos dentro de los períodos de protección que abarcan desde el comienzo del embarazo hasta la finalización del permiso por maternidad. La STSJ de Cataluña de 12 de diciembre de 2002, I.L. J 2809 (recurso 6716/2002) confirma la de instancia que declara la nulidad del despido al estar la trabajadora embarazada en la fecha del despido, y desestima la indemnización solicitada por no estimar que se ha producido un acto discriminatorio, y por no haberse mencionado que indicios, bases, puntos de apoyo o elementos sirven para concretar la cantidad reclamada. Alude la sentencia al criterio del Tribunal Supremo en torno a la determinación de la indemnización en caso de vulneración de derechos fundamentales y señala la Sala que:

“con independencia que haya operado la causa objetiva de nulidad, al estar la trabajadora embarazada en la fecha del despido, siendo en tal caso de aplicación lo dispuesto en el artículo 55.5.b) del ET, tras la redacción dada a este precepto por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, ya que dicha regulación impone la calificación de despido nulo, en dichas circunstancias, sin que sea necesario que éste tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución, o se produzca con violación de derechos fundamentales, al ser ajena a tal calificación la posible intencionalidad discriminatoria que pudiera subyacer en la decisión de la empresa; pero (...), junto a la demandante también fueron despedidas otras once trabajadoras, por lo que, en principio, debe rechazarse que el motivo del cese de la demandante obedeciera a dicha circunstancia (...) ya que consta probado la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión extintiva y que el despido demandante obedecía a motivos razonables ajenos a cualquier vulneración del derecho fundamental, teniendo en cuenta que aquélla no fue la única trabajadora a la que se le extinguió el contrato de trabajo, de naturaleza temporal, sino que dicha medida se adoptó también con otras trabajadoras de la empresa, en fecha próxima, anterior y posterior a la suya. Éste es el motivo principal por el que la sentencia de instancia rechaza el reconocimiento de una indemnización adicional a los pronunciamientos derivados de la declaración de nulidad del despido (...)

de acuerdo con lo declarado en las SSTs de 9 de junio de 1993 y 8 de mayo de 1995, declarada la existencia de violación del derecho fundamental se presume la existencia de daño moral; no obstante, con posterioridad a dichas resoluciones, la Sentencia de 2 de julio de 1996 modificó la doctrina anterior afirmando que no basta que se produzca la vulneración de un derecho fundamental para que automáticamente haya de condenarse a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización, pues para ello es preciso que el demandante alegue las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, proporcionando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión. También la Sentencia de 20 de enero de 1997 (...) no debe entenderse en el sentido de que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical, para que el Juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización, pues para poder adoptar el mencionado pronunciamiento condenatorio es obligado que en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”.

En el mismo sentido la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 11 de diciembre de 2002**, I.L. J 2880 (recurso 781/2002), tras confirmar la nulidad del despido de un trabajador por atentar contra la garantía de indemnidad, revoca parcialmente la sentencia de instancia que fijaba una cantidad en concepto de indemnización, ya que “ni la cantidad solicitada ni otorgada, se ajustaba a los parámetros previstos en cada caso concreto, no habiendo sido calculada por la parte actora ni señalado las bases para la cuantificación de dicha indemnización”.

Al acoso moral o “mobbing” se refiere la **STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 2002**, I.L. J 2577 (recurso 1246/2002). La sentencia declara la nulidad del despido de un trabajador, que fue objeto por parte de la empresa, sin razón alguna o causa que lo justifique, de un continuado acoso moral en su actividad laboral y relaciones con la empresa “para lograr desprenderse del mismo, como se justifica por el hecho de que el actor, máximo responsable de la Delegación de la empresa en Murcia, pasa a ser subordinado de la persona que es nombrada Director Territorial, cargo que antes no existía, pero, incluso, se coloca como Directora Técnica de la Delegación a otra persona que viene a ser considerada en la práctica como superior del actor, aun cuando se pretende ubicarle en el mismo plano, ya que le dirige comunicaciones como si se tratase de un empleado más, quedando el actor en una situación laboral y orgánica en la empresa próxima a los comerciales, iniciándose a partir de ese momento el ataque a la dignidad profesional y personal, puesto que se le requiere para que entregue cualquier herramienta o equipo propiedad de la empresa, y que se encontraran en su poder fuera de las dependencias de la misma, devolviendo un ordenador portátil, un zip, una impresora, un punzón, un sello, unas tenazas y un teléfono móvil, (...) e incluso las llaves de la oficina de la empresa, habiéndosele suprimido una línea privada de teléfono que existía en su despacho”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

Para la Sala:

“tal actuación de la empresa no puede ser entendida más que como un mecanismo de acoso moral o psicológico para lograr deshacerse del trabajador, pues ello le provocó una situación psíquica (...) determinante de que su actividad laboral se viese manifiestamente afectada hasta el punto de provocar incumplimientos del débito laboral y retrasos en sus obligaciones, que podían dejar a la empresa una puerta abierta al despido disciplinario, pero, en realidad, tal como se ha indicado, nos hallamos en presencia de un trato discriminatorio y degradante en el ámbito laboral, generador de violación de los derechos constitucionales al honor, la integridad moral y la propia imagen frente a los demás trabajadores de la empresa y frente al propio trabajador demandante; por lo que, ante tales elementos fácticos con la consiguiente trascendencia jurídica (...) habremos de concluir afirmando que se ha llevado a cabo la violación de derechos fundamentales (...) pues, frente a tales argumentos, no se ha acreditado por la empresa demandada las razones de las medidas adoptadas respecto del actor y la proporcionalidad de las mismas, cuestiones que corresponde su prueba a dicha parte, pues se desprende una razonable sospecha o presunción a favor de la alegación de violación de los derechos fundamentales mencionados, trasladándose, en tal caso, al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de la actuación empresarial, constituyendo esta exigencia una auténtica carga probatoria y no un mero intento probatorio, debiendo llevar a la convicción del juzgador no la duda, sino la certeza de que su decisión fue absolutamente extraña a todo propósito discriminatorio o atentatorio a los derechos fundamentales del trabajador (sentencia del Tribunal Constitucional 114/1989, de 22 de junio), argumento que es aceptado por el Tribunal Supremo en Sentencias de 9 de febrero y 15 de abril de 1996 (...) Por otro lado (...) no cabe duda de que el actor se hace merecedor de una indemnización compensatoria por los daños y perjuicios sufridos, esencialmente de carácter moral o psicológico, (...) puesto que el daño ha quedado perfectamente acreditado, y no sólo existe un atentado a su honor, intimidad personal, propia imagen y al principio de igualdad, por el trato discriminatorio, con trascendencia en el orden laboral, sino que la actuación empresarial desembocó en los padecimientos psíquicos que se detallan en hechos probados, siendo ajustado y correcto el sistema de cálculo de la indemnización utilizado por el Magistrado de instancia, que no es otro más que la fijada para un supuesto de acoso sexual, equivalente a 12.020,24 euros; no obstante, y aunque tal cuantía indemnizatoria se estableció en un proceso penal, nada impide su empleo en esta jurisdicción, cuantía que se estima adecuada para compensar el daño sufrido por el actor, siendo facultad del juzgador la ponderación no moderación de las indemnizaciones, de conformidad con el artículo 1103 del Código Civil; cuantía que se estima ajustada y no arbitraria”.

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de noviembre de 2002, I.L. J 2836 (recurso 315/2002) confirma la nulidad del despido de un trabajador por lesión del derecho a la huelga y a la *garantía de indemnidad*. La Sala analiza el despido de un trabajador, en el que tanto para el juzgador de instancia como para la Sala existen indicios que ponen de manifiesto la vulneración de ambos derechos fundamentales, entre otros tales como la existencia previa de una huelga en el sector, la constitución en dicho período de la sección sindical y el nombramiento como delegado sindical al trabajador despedido, la participación de éste en diversas acciones reivindicativas durante el desarrollo de la huelga,

y en una concentración de trabajadores ante la empresa, la manifestación y el encierro en la Consejería de Sanidad en Tenerife, la existencia de despidos durante el desarrollo de la huelga, incluido el del trabajador despedido, cuyo despido fue dejado sin efecto en el pacto de fin de huelga, las declaraciones vertidas por el propio consejero delegado de que los despidos efectuados en junio eran una respuesta de la empresa tras la visita de una inspección de trabajo con motivo de la denuncia anterior de los trabajadores, y las posteriores denuncias de los representantes de los trabajadores en torno a que la empresa había incumplido el acuerdo en relación a las medidas disciplinarias y de modificación de las condiciones de trabajo realizadas durante la huelga.

B) Distribución de la carga probatoria

En la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de noviembre de 2002, I.L. J 2836 (recurso 315/2002) la Sala falla a favor de la nulidad del despido, dado que una vez constatada la existencia de indicios que atentan contra el derecho de huelga o la garantía de indemnidad, por la empresa no se practica prueba suficiente al objeto de desvirtuarlos, sin acreditar que el cese responde a distintas motivaciones.

Aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, señala “el derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de Jueces y tribunales, cuyo contenido es la garantía de indemnidad y cuyo alcance supone que del ejercicio de derechos por parte de los trabajadores no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones publicas o privadas para la persona que la protagoniza. En estos casos incumbe la carga de la prueba al empresario, pues cuando el trabajador alega que el despido lesiona sus derechos fundamentales, tendrá que probar el empleador que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental, si bien el trabajador ha de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales”.

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) Régimen interno de los sindicatos. B) Actividad sindical. C) Acción sindical en la empresa. D) Facilidades y garantías de los representantes sindicales. E) Proceso de tutela de los derechos de libertad sindical.

2. Representación unitaria. A) Elección de representantes unitarios. B) Garantías de los representantes de los trabajadores. C) Composición de los órganos de participación en materia de prevención de riesgos. **3. Conflictos colectivos.** A) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo. B) Caducidad de la acción para instar el procedimiento de conflicto colectivo. C) Eficacia de laudo arbitral poniendo fin a un conflicto colectivo.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias referidas a las materias reseñadas que aparecen recogidas en los números 13 a 16, ambos inclusive, de 2002 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 2464 a J 3178).

A través de las sentencias que integran el período de referencia se puede constatar una considerable consolidación doctrinal, particularmente en relación con el contenido de la libertad sindical, el ámbito del proceso de tutela de los derechos fundamentales y el de la modalidad procesal de conflicto colectivo. Ello en buena medida se debe a la importante labor desarrollada en este bloque de materias por el Tribunal Constitucional y también por el Tribunal Supremo. Un dato sintomático es que no existen apenas en el este período sentencias relativas al ejercicio del derecho de huelga, ni al cierre patronal.

Los nuevos litigios, si es que pueden denominarse así, responden esencialmente a la complejidad que la aplicación de esos criterios asentados suscita en algunos ámbitos de actuación, de lo que resulta paradigma el régimen organizativo y de funcionamiento interno de los sindicatos, fuente constante de conflictos; o del amplio margen de actuación que el legislador tiende a otorgar a la acción autónoma de las organizaciones representativas de intereses, que a veces hace surgir dudas interpretativas en cuanto a las relaciones entre los acuerdos y productos de dicha autonomía y las disposiciones y normas de carácter

mínimo. Esto es particularmente acusado en el período que abarca esta crónica en relación con acuerdos en materia de derechos sindicales de actividad; o a propósito de colectivos singulares, como es el caso del personal al servicio del Ministerio de Defensa, que, como se sabe, tiene limitada por ley la posibilidad de desarrollar actividades sindicales en el seno de los establecimientos o recintos militares (Disposición Adicional Tercera LOLS), limitación que a su vez viene siendo objeto de una interpretación de carácter restrictivo.

Una última consideración, ésta de orden sistemático, que conviene hacer, y que conlleva también una advertencia al lector, es que cada vez resulta más difícil seguir un criterio unívoco o uniforme en la ordenación del material jurisprudencial cuando se trata de estas materias, pues lo normal viene siendo que en una misma resolución se aborden cuestiones relacionadas con los aspectos más diversos del régimen jurídico de estos derechos e instituciones. Así, no es extraño que aparezcan entremezcladas cuestiones relativas al régimen jurídico interno de los sindicatos, con diversos aspectos de la actividad sindical, la representación de los trabajadores en la empresa y los problemas procesales con ellos conectados. El criterio a la hora de decidir en qué epígrafe se ubica cada resolución puede ser, por todo ello, discutible u opinable.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Régimen interno de los sindicatos

La denominación que los promotores decidan otorgar a una organización sindical en el momento de su constitución no es una cuestión que en los últimos tiempos haya dado lugar a demasiados litigios. Por eso resulta de interés la referencia a la solución contenida en la **STS de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2622.

La Federación de Servicios y Administraciones Públicas de CCOO promueve demanda de impugnación de los estatutos sindicales de la Federación de Sindicatos de la Administración Pública por la similitud fonética del “anagrama” de ambos sindicatos –FSAP y FESAP, respectivamente. La sentencia de instancia, dictada por la Sala de lo Social de la AN desestimó la pretensión, dado que la demandante ha de emplear el acrónimo acompañado de las siglas de la confederación de pertenencia, CCOO, lo que evita cualquier confusión con el sindicato demandado.

La Sala de lo Social de Tribunal Supremo recurre a la doctrina de la Sala Primera en torno a la Ley de Marcas de 1988, que además de la mera similitud gráfica y fonética, toma en consideración otros factores y circunstancias que puedan incidir en la confusión del consumidor (STS, Sala Primera, de 20 de julio de 2000, citando la de 14 de abril de 1986). Aplicando este criterio, la Sala considera que lo decisivo es saber si el acrónimo del sindicato demandado puede inducir a llevar a su campo a quien, en principio, deseaba acudir al demandante. Y, prosigue, ello es posible que ocurra, lo que desemboca en la decla-

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

ración de nulidad de los estatutos sindicales de la organización sindical en cuanto a la denominación del nuevo sindicato se refiere.

La **STS de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2756, resuelve la duda surgida sobre la competencia funcional para dirimir una controversia relativa a la integración y permanencia de los Sindicatos Médicos Profesionales de Galicia y las provincias de La Coruña, Lugo y Pontevedra en la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos. En concreto, la cuestión litigiosa versa sobre la impugnación por parte del Sindicato de Pontevedra del acuerdo adoptado el 15 de junio de 2000 por el Comité Ejecutivo Confederal, favorable a la integración del sindicato de ámbito autonómico y determinante de la baja simultánea de los de ámbito provincial. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se había declarado incompetente, en favor de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, para conocer de la controversia.

El Tribunal Supremo remite a las Sentencias previas de 2 de julio de 2001 (recurso 3815/2000) y de 26 de marzo de 2001 (recurso 4363/1999), esta última dictada en Sala General, en las que se dice que la competencia funcional habrá de determinarse de conformidad con el ámbito territorial a que extienda los efectos la cuestión litigiosa promovida, en este supuesto concreto, el acuerdo impugnado. En caso de que los mismos desborden el ámbito de una Comunidad Autónoma la competencia corresponderá a la Audiencia Nacional. Ceñidos estos criterios a la cuestión concreta objeto de debate, y aunque inicialmente pudiera parecer que se trata de un conflicto que afecta sólo al ámbito autonómico, el mismo acaba teniendo una cierta dimensión estatal, en la medida en que se está dirimiendo la posibilidad de los sindicatos afectados de participar en los órganos confederales y de contribuir a la formación de la voluntad de la Confederación. La conclusión es fácil de alcanzar, la competencia pertenece a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

La **STSJ de Extremadura de 8 de octubre de 2002**, I.L. J 2932, no es la única de este período analizado en la que se suscita un litigio a partir de la laguna legal existente en torno a la forma de revocación o destitución de los delegados sindicales. Laguna que ha de ser llenada mediante reglas expresas incorporadas a los estatutos o reglamentos y demás normas internas del sindicato, a falta de las cuales, y en ausencia igualmente de pactos específicos a ese respecto, acaban teniendo que remediar los tribunales.

Sin la menor duda, la controversia de mayor trascendencia, al menos si se examina desde el punto de vista del iter procesal ya transitado, es la que se aborda en la **STC 229/2002, de 9 de diciembre**, I.L. J 2665, incluida en esta crónica [1.D)].

En la del TSJ de Extremadura que ahora se comenta se suscita un complejo litigio sobre tutela de la libertad sindical, que parte de la destitución de un delegado sindical por decisión de su organización, y que se manifiesta adicionalmente en una pluralidad de actuaciones de la Administración en la que el mismo desempeñaba sus funciones, pretendidamente desconocedoras de su condición de delegado sindical y lesivas de los derechos derivados de tal condición.

El vacío legal sobre el procedimiento de destitución de los delegados sindicales, al que antes se aludía, tampoco se solventa en este caso por los estatutos y reglas del sindicato afectado (CGT). Así que la Sala considera de aplicación el mismo criterio que rige respecto de su elección, esto es, su necesaria destitución por los afiliados que integran la sección sindical objeto de representación (art. 10.1 LOLS). A partir de ahí, la Sala no reconoce la validez de la destitución del delegado sindical acordada por los órganos internos del sindicato, y estima la vulneración del derecho de libertad sindical del mismo por parte de la Administración empleadora en la que desempeñaba sus funciones, por haber aceptado una destitución litigiosa y por desconocer, en consecuencia, los derechos y funciones de aquél, al menos en lo que se refiere al crédito horario.

No obstante –aunque sea más bien por motivos formales o procesales (falta de suficiente alegación, determinación y prueba)–, la Sala desestima la pretensión en lo que toca a la vulneración del derecho en relación con otras facultades derivadas de la condición de delegado sindical (derechos de información y acceso a documentación, tablón de anuncios, ...); así como la pretensión resarcitoria, también por falta de alegación y fundamentación suficiente de la misma, y por no haberse aportado base o prueba alguna a partir de la cual reconocer o fijar la cuantía reclamada. Todo ello de conformidad con la ya suficientemente conocida doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de marzo de 2000 y las en ella citadas).

B) Actividad sindical

Hace ya tiempo que el TC viene declarando que la libertad sindical comprende inexcusablemente la facultad de disponer de medios de acción sindical, entre los cuales ocupa un lugar destacado la negociación colectiva (entre las sentencias recientes, SSTC 107/2000 y 225/2001). Y que esta última se extiende a la participación del sindicato, conforme a su representatividad, en cuantas comisiones con funciones de negociación se creen o establezcan por medio del convenio colectivo. La cuestión en la que abunda la **STSJ del País Vasco de 29 de octubre de 2002**, I.L. J 2681, es la relativa al modo en que el derecho de libertad sindical puede quedar menoscabado, por limitarse de manera arbitraria o injustificada el de negociación, si se obstaculiza o impide participar al sindicato en una comisión prevista en el convenio colectivo. En ese caso concreto se trataba de una comisión técnica prevista en el Convenio colectivo de Colectivos Laborales al Servicio de la Comunidad Autónoma de Euskadi para 2001, con funciones en materia de clasificación profesional, para participar en la cual se exigía a los sindicatos con presencia en el ámbito del convenio un mínimo del 10 por ciento de implantación. El sindicato LAB, que ostenta la condición de más representativo en la Comunidad Autónoma, no alcanzaba en cambio la implantación exigida, por lo que quedaba al margen de la comisión técnica a que se alude. La sentencia comentada desestima la demanda de conflicto colectivo interpuesta por LAB con el fin de que se declarase que la citada regulación convencional resultaba contraria a su derecho a la libertad sindical. Evoca la Sala del País Vasco la doctrina conforme a la cual los criterios de mayor representatividad y suficiente implantación son parámetros objetivos y constitucionalmente válidos.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Muy próxima a esta línea de argumentación se encuentra la SAN de 8 de octubre de 2002, I.L. J 2704, en la que se reconoce legitimación al sindicato actuante, creado a partir de una agrupación de trabajadores que concurrió a las elecciones sindicales celebradas en el Parque Móvil del Estado en el año 1994, y que cuenta con suficiente implantación en dicho ámbito, para impugnar un acuerdo de carácter extraestatutario suscrito el 12 de enero de 1999 por la dirección del Parque Móvil y los sindicatos UGT, CCOO, CSI-CSIF y USO, en materia de acumulación de horas sindicales y medios materiales, que se considera vulnerador de la regulación al respecto contenida en el art. 92 del Convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado.

La cuestión —o mejor, cuestiones— que aborda la STS de 3 de diciembre de 2002, I.L. J 2587, está lejos de ser una materia novedosa. Se trata, en síntesis, pues no es preciso aludir a los complejos términos concretos del litigio, de dirimir si constituye una lesión de la libertad sindical excluir a una organización no firmante de un acuerdo de las negociaciones que se promuevan en relación con cuestiones, materias o aspectos nuevos de las relaciones laborales en dicho ámbito; y, en segundo lugar, si acreditada la vulneración denunciada procede el abono de la indemnización a que se refieren los preceptos legales de aplicación (arts. 15 LOLS y 180.1 LPL).

En relación con la primera cuestión, la Sala se remite a la distinción entre los órganos o comisiones con facultades de mera interpretación o aplicación, y las comisiones negociadoras de condiciones de trabajo, que se contiene en su Sentencia de 28 de enero de 2000, y que, como se sabe, se traduce en la calificación de lesivas de la libertad sindical de cuantas ilícitas restricciones —no amparadas por los requisitos o exigencias legales— sufra el derecho de un sindicato a integrarse en las segundas, que es lo que en ese caso acontece.

Y en cuanto a la segunda, la sentencia comentada también reenvía a la doctrina consolidada de la propia Sala conforme a la cual no es automática la condena al resarcimiento de los daños derivados de una conducta antisindical, sino que es preceptivo acreditar la producción y entidad del mismo, suministrando al juzgador los elementos y parámetros necesarios para ello.

C) Acción sindical en la empresa

Ha sido uno de los ámbitos de mayor actividad de todo el período, tal y como se ha dicho al comienzo, lo que tiene bastante que ver con que están en cuestión derechos de creación legal, integrantes del contenido adicional de la libertad sindical, y respecto de cuya regulación la negociación colectiva adquiere un importante papel de complemento, lo que en ocasiones puede provocar fricciones entre las normas de mínimos y los acuerdos alcanzados por las propias partes negociadoras.

Una buena muestra de lo que se acaba de afirmar se encuentra en la STSJ de Aragón de 24 de octubre de 2002, I.L. J 2871, en la que se reconoce la condición de delegado sindical y el derecho al crédito horario de un delegado designado por la sección sindical de

UGT en un Ayuntamiento, a pesar de que la plantilla del mismo es inferior a 250 trabajadores (art. 10.1 y 3 LOLS), con base en las previsiones del convenio colectivo aplicable, en las que, no obstante conocerse la dimensión de la plantilla, se permitía la designación de delegados sindicales en secciones de sindicatos más representativos y sin presencia en el comité de empresa, otorgándoles a su vez un crédito horario.

Por otra parte, en relación con la indemnización por la vulneración del derecho de libertad sindical reconocida, esta sentencia de suplicación confirma la procedencia de la cuantía fijada en instancia, de 500 euros, a pesar de la alegación de la Administración empleadora en el sentido de que la falta de reconocimiento de los derechos cuestionados se basó en una discutible interpretación de las normas legales y convencionales aplicables.

La SAN de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 2707, también aborda un conflicto provocado a raíz de un acuerdo en materia de actividad sindical. La entidad AENA y las organizaciones CCOO, UGT y USO suscribieron un Acuerdo sobre Derechos Sindicales en el que se preveía la concesión de un número de permisos a los sindicatos que hubiesen obtenido más de un diez por ciento de los votos en el ámbito del ente público citado, a repartir en proporción a los resultados electorales obtenidos. El referido Acuerdo se mantuvo vigente mientras lo estuvo el II Convenio colectivo de AENA. El 19 de diciembre de 2001 se firmó el III Convenio colectivo, haciéndolo por la parte sindical sólo las secciones de CCOO, USO y FSAI; y con fecha 25 de enero de 2002 esas mismas partes alcanzaron un nuevo Acuerdo de Derechos Sindicales, que derogó el anterior, y en el que se reconocían ciertos derechos (permisos, local, mobiliario, teléfono, designación de delegados sindicales, acumulación de crédito horario, gastos de viaje y dietas, entre otros) sólo a los firmantes del III Convenio que hubieran obtenido más de un diez por ciento de votos en las elecciones sindicales celebradas en el ámbito de AENA. Ésta remitió comunicación a UGT, que ostenta más del 25 por ciento de representatividad, poniendo en su conocimiento la resolución de los permisos sindicales y la cancelación de la credencial acreditativa de los mismos.

La Sala comienza por declarar la adecuación del procedimiento de impugnación de convenios colectivos para combatir o depurar la legalidad del Acuerdo de referencia. A partir de ahí, se afirma que, conforme a la doctrina constitucional al respecto existente, los derechos instrumentales como los que están en juego integran el contenido esencial de la libertad sindical, del mismo modo que el derecho a la negociación colectiva o los medios de acción sindical de carácter adicional. Por todo lo cual, su limitación constituye una lesión del referido derecho fundamental, lo que acontece en ese caso, pues al sindicato UGT no se le llamó a negociar, privándosele al mismo tiempo de los derechos incorporados en el segundo de los Acuerdos sobre Derechos Sindicales. Concluye la sentencia comentada recordando que es doctrina del TC (Sentencias 9 y 39/1986 y 184/1991) que el hecho de que un sindicato no suscriba un convenio no puede implicar quedar al margen, durante la vigencia del mismo, en la negociación de cuestiones nuevas. Por todo lo cual, la Sala estima la demanda y anula el Acuerdo de 25 de enero de 2002.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

D) Facilidades y garantías de los representantes sindicales

Una de las sentencias más trascendentes del período es sin duda la **STC 229/2002, de 9 de diciembre**, I.L. J 2665, en la que el TC estima dos recursos de amparo acumulados interpuestos por un delegado sindical de UGT en la empresa BBVA y por el propio sindicato. En procedimiento por despido iniciado por el trabajador recurrente, que unos meses antes había perdido la referida condición al ser destituido por decisión de los órganos internos del sindicato, y a raíz de la declaración de improcedencia del acto extintivo, se suscita la duda sobre si la opción entre la readmisión o la indemnización corresponde a la empresa o al propio trabajador despedido.

Como se sabe, de la acción combinada de los arts. 68.c) y 56.4 ET se desprende que entre las garantías de los representantes legales de los trabajadores se encuentre la posibilidad de ejercitar la opción a que se alude durante el año siguiente a la pérdida de la condición representativa, salvo que la misma se produzca por revocación del mandato o dimisión. Ésta, como las demás garantías, se extiende a los representantes sindicales, de acuerdo con lo que dispone el art. 10.3 LOLS.

El TS en Sentencia de 29 de diciembre de 1998 había denegado la opción al trabajador despedido, asimilando la situación derivada de la destitución de que había sido objeto a la revocación del mandato de los representantes unitarios. La sentencia del TC que se comenta otorga el amparo solicitado, al considerar que tal asimilación vulnera el derecho a la libertad sindical. Simplificando mucho la elaborada argumentación contenida en dicha sentencia, la razón básica esgrimida para llegar a esa conclusión es el diferente carácter de los órganos de representación unitarios y sindicales, y el diverso origen y régimen de desempeño de los cargos, siendo la destitución de los delegados sindicales, a diferencia de la revocación del mandato de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, el método usual de pérdida de dicha condición. A esa dispar naturaleza de ambos canales de representación se suma, como canon hermenéutico, lo que dice el Convenio 135 OIT en cuanto a la necesidad de garantizar que la existencia de representaciones legales no suponga un menoscabo de los derechos de los mecanismos de carácter sindical, lo que ocurriría de prevalecer la interpretación llevada a cabo por el TS, que supondría, por consiguiente, una restricción injustificada y desproporcionada del libre ejercicio de la libertad sindical. La sentencia que se comenta contiene, de todos modos, un voto particular discrepante.

En la **STS de 26 de noviembre de 2002**, I.L. J 2493, de nuevo se aborda un supuesto litigioso a propósito de los derechos sindicales de actividad de carácter adicional establecidos en convenio colectivo, y a la posibilidad de limitarlos en relación con el personal al servicio del Ministerio de Defensa. En concreto, en este caso el conflicto versa sobre el derecho de un delegado sindical perteneciente a un sindicato que en las últimas elecciones obtuvo menos del diez por ciento de los votos, a disfrutar del crédito horario en los términos previstos en el Convenio colectivo para el personal del Ministerio de Defensa (año 1992). Una vez más, por tanto, resulta necesario armonizar las previsiones contenidas con carácter general en el art. 10.3 LOLS y en la Disposición Adicional Tercera de la misma norma legal, y las que con carácter más específico incorpora el convenio colec-

tivo de referencia, en cuyo art. 74 se exige que “las estructuras” de los sindicatos hayan obtenido un diez por ciento de los votos en las elecciones para el correspondiente Comité Provincial, para que sus delegados sindicales puedan disfrutar de un crédito horario igual al reconocido a los miembros de dicho órgano.

La argumentación de la Sala, en la línea de lo ya resuelto a propósito de un conflicto parecido en la STS de 11 de junio de 1997 (recurso 3863/1996), pudiera resultar en un principio algo paradójica. Con buen criterio la Sala afirma que la norma convencional no puede modificar *in peius* lo establecido con carácter de mínimo indisponible en la ley; y que la restricción a la actividad sindical en establecimientos militares que contiene la citada Disposición Adicional Tercera LOLS ha de ser objeto a su vez de una interpretación restrictiva, tratándose además de una limitación de carácter estrictamente locativo, que no debe por tanto alcanzar a actividades desarrolladas fuera del recinto militar. Y concluye entendiendo —y aquí es donde la solución de la Sala puede llamar más la atención— que dicha restricción sólo afecta a los derechos que forman parte del contenido mínimo de la libertad sindical, y no a otros derechos de actividad.

Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Málaga) 28 de noviembre de 2002**, I.L. J 3106, resuelve tres recursos de suplicación interpuestos por la sección sindical de CCOO en el Ayuntamiento de Marbella, por el comité de empresa en esta corporación, y por el propio Ayuntamiento. En instancia se habían estimado parcialmente las pretensiones de la sección sindical entonces actora, declarándose la obligación del comité de empresa de reunirse al menos cada dos meses (art. 66.2 ET) y de entregar a sus miembros afiliados a CCOO la documentación recibida de la Corporación; y la obligación de ésta de poner a disposición de la sección sindical demandante un local adecuado.

En suplicación se estiman, también parcialmente, los recursos de las tres partes. El de la sección sindical demandante, en el sentido de condenar al Ayuntamiento a entregar a la misma las actas de plenos y comisiones de gobierno en los que se traten cuestiones que afecten a los trabajadores, de conformidad con el derecho reconocido en tal sentido en favor del comité de empresa por el convenio colectivo, y partiendo del tratamiento igualitario que a este respecto tienen las secciones sindicales y los órganos de representación unitaria de los trabajadores (art. 10.3.1 LOLS). El del comité de empresa, en el sentido de estimar que no existe vulneración del derecho de libertad sindical de la sección actora por no recibir de aquel órgano la información que el mismo recibe del Ayuntamiento, toda vez que consta y así es debido, que la Administración empleadora proporciona directamente tal información a las secciones sindicales. El del Ayuntamiento, en fin, por haber sido condenado a poner a disposición de la sección sindical demandante un local adecuado, cuando tal pretensión no se instó en la demanda. A este respecto sí consta que se solicitó por la sección sindical un local adecuado para el comité de empresa, desestimándose tal pretensión por apreciarse su falta de legitimación.

Por fin, en el supuesto de la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 20 de noviembre de 2002**, I.L. J 2836, se cuestiona la calificación del despido disciplinario de

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

un delegado sindical interno de CCOO, justificado por su empresa en una pretendida desobediencia en el cumplimiento de las horas de presencia, en un contexto de conflictividad social, aplicándose también la referida doctrina sobre tutela procesal de los derechos fundamentales y facilitación probatoria de su lesión mediante la exigencia de indicios probatorios al trabajador y de prueba en contrario a la empresa.

Una vez verificado el contexto indiciario de conflictividad social en la empresa, con un relevante protagonismo del trabajador y delegado despedido (convocatoria de huelga, una manifestación y un encierro, y denuncias ante la Inspección de Trabajo, frente al incumplimiento empresarial de determinados acuerdos), y no acreditada por la empresa la suficiente justificación del despido adoptado, en la medida en que no se produjo un efectivo incumplimiento de horas de presencia concretamente ordenadas, la citada sentencia confirma la nulidad del despido declarada en instancia, estimando que el mismo se produce con vulneración del derecho de indemnidad, huelga y libertad sindical del trabajador y delegado sancionado.

E) Proceso de tutela de los derechos de libertad sindical

Sin la menor duda, las dos cuestiones que suscitan últimamente un mayor número de litigios –al margen de las referidas al ámbito del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales– son la relativa al ámbito del proceso de tutela de los derechos de libertad sindical y, conectado y derivado de lo anterior, la procedencia de la condena al abono de una indemnización que compense los daños derivados de las conductas lesivas del aludido derecho, así como la fijación de la cuantía de la misma por el juez *a quo*.

La SAN de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 2706, desestima la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por la parte demandada en un proceso de tutela de los derechos de libertad sindical, que considera que lo que se suscita es una mera cuestión de legalidad ordinaria, relativa a si el convenio colectivo de la entidad Correos y Telégrafos ha de llevarse a cabo conforme a las reglas de la negociación de ámbito empresarial o superior a la empresa. A propósito de esta cuestión, la Sala de la Audiencia Nacional lleva a cabo un sumario recorrido por la doctrina constitucional y la jurisprudencia sobre la naturaleza y caracteres de la modalidad procesal en cuestión. Y si es cierto que el proceso se limita al conocimiento de la lesión del derecho fundamental invocada, no lo es menos que cuando formalmente se ejercita una pretensión de tutela, salvo que la misma quede manifiestamente al margen del ámbito de la modalidad procesal correspondiente, la solución no será la apreciación de la inadecuación del procedimiento, sino la desestimación de la demanda, sin perjuicio de la posibilidad de la parte de ejercitar la pretensión por el cauce procesal pertinente.

La STS de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 2468, analiza hasta cinco recursos de casación interpuestos por las diversas organizaciones involucradas en el conflicto que se relata sucintamente.

Por acuerdo entre el Comité Nacional de Empresa del Banco de España y los representantes de esta entidad alcanzado el 4 de marzo de 1993 se incrementó el número de dele-

gados sindicales y el montante del crédito horario, concediéndose dos delegados más al Sindicato Autónomo de Trabajadores y ochenta horas sindicales distribuidas por mitad entre UGT y ASABE. El acuerdo, no obstante, limitaba su vigencia hasta las nuevas elecciones, momento en el cual habría de renegociarse, teniendo como criterio orientador el de los resultados del nuevo proceso. Celebradas elecciones en el año 1998, SAT perdió la mayoría absoluta, llegando la Comisión Permanente del Comité de Empresa a un nuevo acuerdo, en virtud del cual los dos delegados adicionales se asignaron a SAT y UGT, mientras que el incremento del crédito horario se redistribuyó también de conformidad con los referidos resultados. El SAT interpuso demanda de tutela de los derechos de libertad sindical, que fue desestimada.

La Sala comienza por analizar el motivo de casación referido a la adecuación del procedimiento, que, conforme a la doctrina reiterada de la propia Sala, ha de determinarse en virtud de la pretensión ejercitada y de la afirmación por el demandante de la violación del derecho fundamental involucrado. En cuanto al fondo de la cuestión controvertida, la Sala parte de recordar la muy conocida doctrina relativa al *contenido esencial* y *adicional* de la libertad sindical, y a su vertiente organizativa y de acción, que comprende los denominados *derechos de actividad*. Aclarando a continuación que los derechos relativos a los delegados sindicales y al crédito horario forman parte del contenido adicional, en este caso por concesión de la empresa, si bien con amparo en lo previsto en el art. 10.2 LOLS. El haber seguido como criterio orientador para el reparto de esos derechos adicionales el de los nuevos resultados electorales excluiría ya de mano toda posibilidad de apreciar que se ha incurrido en una lesión de la libertad sindical. Pero la Sala prosigue y afirma que aplicando un criterio proporcional estricto no resultaría una solución más ventajosa para el sindicato demandante. Al no haber perjuicio no hay lesión del derecho de libertad sindical, lo que en última instancia conlleva la desestimación de la petición relativa a la indemnización derivada de aquélla. La sentencia concluye con un par de consideraciones de carácter procesal, afirmando la legitimación para intervenir en el litigio de los sindicatos con presencia en el comité de empresa y, por tanto, afectados por el acuerdo de referencia; y negando, en cambio, legitimación pasiva a la empresa, que no intervino en la adopción del segundo acuerdo.

En una resolución curiosa por lo inusual, la **STSJ de Valencia de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 2760, decide confirmar la sentencia de instancia, tanto por lo que se refiere a la desestimación de la pretensión relativa a la declaración de la lesión del derecho de libertad sindical, como respecto de la imposición de multa por temeridad al sindicato actor, por la inconsistencia de sus pretensiones y por haber incurrido en abuso de derecho en el uso del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales.

El litigio había surgido como consecuencia del cambio de subsección de que fueron objeto los trabajadores demandantes, que, a juicio del magistrado *a quo*, no conllevaba cambio apreciable de las funciones que los mismos venían desarrollando, por lo que se considera que no desbordaba los límites del ejercicio ordinario de las facultades de movilidad contempladas en el art. 39 ET. El juez de instancia, de acuerdo con ello, desestimó

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

la pretensión actora en orden a la calificación de la referida decisión empresarial como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sin observar las condiciones y requisitos establecidos en el art. 41 ET. En cuanto a la denuncia sobre la vulneración del derecho de libertad sindical que lleva a cabo el sindicato que ha accionado en nombre de los trabajadores –miembros del comité de empresa–, la Sala aplica la reiterada doctrina constitucional y ordinaria relativa a la necesidad de que el demandante ponga de manifiesto la existencia de indicios de aquélla, para lo que es preciso que aporte un principio de prueba suficiente, lo que en ese caso no aconteció.

El problema de prueba, tanto de la conducta presuntamente lesiva del derecho fundamental, como de las bases que puedan servir para la fijación, en su caso, de la cuantía indemnizatoria, es claro que constituye uno de los principales escollos que plantea el procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical. En el supuesto de la **STSJ de Baleares de 15 de noviembre de 2002**, I.L. J 3114, una trabajadora, técnica responsable de su centro de trabajo y presidenta del comité de empresa y afiliada al sindicato CSI-CSIF, impugna dos órdenes de su empresa que estima represalias frente a su actuación representativa y, por tanto, lesivas de su derecho de libertad sindical. La primera de estas órdenes le exige la realización de una serie de trabajos en el plazo de dos días, y la segunda, el recuento del número de personas y vehículos estacionados en un aparcamiento colindante con su centro de trabajo, cada hora durante dos días, con ocasión de la celebración de una feria.

Para valorar la conducta empresarial la citada STSJ de Baleares parte de una serie de indicios contextuales o principios de prueba sobre la lesión del derecho de libertad sindical alegada, consistentes en una serie de actuaciones beligerantes de la actora frente a la política de personal de la empresa (negativa de asistir a reuniones, denuncia ante la Inspección de Trabajo), y en determinadas reacciones empresariales (cambio de horario, movilidad funcional, expediente sancionador), en algún caso impugnadas con éxito ante la jurisdicción social, que se suman a la falta de justificación empresarial sobre la razonabilidad de las órdenes impugnadas y su carácter ajeno a móviles de represalia antisindical, para llegar a la conclusión de que se ha vulnerado el derecho de libertad sindical, y declarar el carácter abusivo de la primera de las órdenes adoptadas, por el escaso plazo concedido para su cumplimiento, y la naturaleza vejatoria de la segunda, completamente ajena a las funciones propias de la categoría profesional de la actora. Por fin, se fija una indemnización de 3.000 euros, que se estima adecuada “a falta de pruebas concretas sobre los perjuicios ocasionados”.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA

A) Elección de representantes unitarios

La **STSJ de Navarra de 31 de diciembre de 2002**, I.L. J 2829, se plantea la determinación de la unidad electoral para la elección de delegados de personal en empresas de estructura compleja, con una pluralidad de centros de trabajo, cuando alguno de éstos no cuenta con el número de trabajadores suficientes (seis) para constituir una unidad

electoral idónea para la designación de representantes unitarios (delegados de personal), conforme a lo dispuesto en el artículo 62.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Con cita y apoyo casi literal en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001, reiterada por la de 19 de marzo de 2001, la citada STSJ de Navarra confirma la nulidad de un preaviso electoral, y de todo el proceso subsiguiente, en el que se comunicaba a una empresa la próxima celebración de elecciones en uno de sus centros de trabajo, cuya plantilla estaba compuesta por cinco trabajadores, toda vez que, conforme al citado artículo 62.1 del Estatuto de los Trabajadores, “No es posible, en ningún caso, la celebración de elecciones para delegados de personal en empresas o centros de trabajo que cuenten con menos de 6 trabajadores”, sin que pueda alterarse la única unidad electoral básica establecida legalmente, ni quepa la convocatoria y celebración de elecciones “en un ámbito superior al centro de trabajo, mediante la agrupación de varios de ellos con la finalidad de obtener por esta vía una representación distinta en número o calidad a la querida por la Ley”, o la agrupación de los distintos centros de trabajo que, en su caso, tenga la empresa.

B) Garantías de los representantes de los trabajadores

En un contexto empresarial en el que se superpone una intensa situación de conflictividad social (intentos de negociación de un convenio colectivo y de un acuerdo sobre despido colectivo, denuncias ante la Inspección de Trabajo, procesos de conflicto colectivo y de tutela de libertad sindical, ...) y un proceso de reorganización productiva (cambios de funciones, expediente de regulación de empleo, amortización de puestos de trabajo, descentralización de actividades,...), y en aplicación de la conocida doctrina constitucional sobre tutela procesal de los derechos fundamentales y facilitación probatoria de la lesión alegada (art. 179.2 LPL), la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 11 de octubre de 2002**, I.L. J 2880, confirma la nulidad de los despidos de varios miembros del comité de empresa, delegados sindicales y trabajadores, por entender que vulneran su derecho de indemnidad, y su derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa de sus intereses legítimos. La Sala considera que concurren suficientes indicios para apreciar dicha vulneración, extraídos del referido contexto de conflictividad social; y estima a su vez que no se ha acreditado por parte de la empresa la proporcionalidad de las medidas extintivas adoptadas y su alcance ajeno a la discriminación indiciariamente apreciada.

No obstante, esta sentencia estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, en relación con la indemnización pretendida por los trabajadores y reconocida en instancia, declarando que en los procesos de despido no cabe reconocer una indemnización por vulneración de derechos fundamentales, por venir tasadas legalmente las consecuencias de la declaración judicial de nulidad (arts. 55.6 ET y 113 LPL), sin que a tales efectos entienda aplicable el artículo 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral. Doctrina que, por cierto, no parece muy acorde con la que apunta recientemente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (puede verse su Sentencia de 12 de junio de 2001, recurso 3827/2000).

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

Aunque se trate de una materia en la que existe abundante y ya antigua doctrina constitucional, la **STSJ de Valencia de 26 de marzo de 2002**, I.L. J 2784, no pierde la ocasión de reiterar que los miembros de los órganos de representación unitaria no son titulares del derecho de libertad sindical, cuya tutela no pueden invocar por los singulares medios de protección de que este derecho fundamental está provisto.

El actor se integró en el comité de empresa como candidato independiente en la lista del sindicato UTS, al renunciar la candidata anterior de la lista; y reclama frente al órgano unitario por no haber sido convocado a las reuniones del mismo, lo que ordinariamente se hace, conforme prevé el reglamento interno del propio comité, a través del sindicato de pertenencia de cada miembro electo. La Sala desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de signo adverso recaída en la instancia, por dos razones básicas, íntimamente conectadas y bien conocidas, que el objeto del proceso de tutela de la libertad sindical está limitado al examen de las lesiones del derecho fundamental, y que el órgano unitario no es titular de este derecho.

C) Composición de los órganos de participación en materia de prevención de riesgos

Aunque el pronunciamiento al que se va aludir bien podría haberse incluido en el apartado referido a la acción sindical en la empresa, por razones de especialidad se ha entendido conveniente dedicarle un epígrafe aparte, sin perjuicio de que quede claro que el conflicto afecta a su vez a la posición de los delegados sindicales en el organismo de referencia.

El promotor del conflicto al que pone fin la **STSJ de Valencia de 16 de abril de 2002**, I.L. J 2794, ostentaba la condición de personal laboral del Ministerio de Defensa y delegado sindical de UGT, y como tal solicitó el derecho a participar en el comité de seguridad y salud, que le fue denegado por el Coronel Jefe de la Unidad de Apoyo logístico XXI, con base en lo dispuesto en el art. 7 del RD 1932/1998, que regula la composición del comité de seguridad y salud del personal laboral en establecimientos militares, y no contempla la presencia en dicho órgano de los delegados sindicales. Sin embargo, en el art. 38 LPRL, conforme la interpretación que le ha dado el TS, entre otras en la sentencia de 7 de marzo de 2000, se configura el referido órgano de participación como un órgano abierto y paritario, en el que pueden estar presentes, con voz pero sin voto, los delegados sindicales, los responsables técnicos de la prevención, los trabajadores que cuentan con una especial cualificación en la materia, e incluso técnicos de prevención ajenos. La solución a esta aparente antinomia la encuentra la Sala de Valencia en la restricción de que son objeto las actividades sindicales en el seno de los establecimientos militares (Disposición Adicional Tercera LOLS), y que específicamente contempla la Disposición Adicional Novena LPRL, cuando prevé la adaptación de las previsiones de la misma a las peculiaridades de dichos establecimientos. En suma, el demandante, delegado sindical en un centro dependiente del Ministerio de Defensa, no tiene derecho alguno a participar en el comité de seguridad y salud.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo

El ámbito del procedimiento de conflicto colectivo y la idoneidad o falta de idoneidad del mismo para instrumentar cierta clase de pretensiones sigue siendo una cuestión muy controvertida, y no por falta de criterios jurisprudenciales consolidados a ese respecto, sino por la generalidad y abstracción de los mismos y la dificultad de aplicación al caso, de tal manera que las sentencias dictadas a este respecto actúan casi siempre aplicando el modelo jurisprudencial al concreto supuesto litigioso.

Así, la **SAN de 14 de octubre de 2002**, I.L. J 2705, estima inadecuado el procedimiento de conflicto colectivo para dirimir un litigio que tenía por objeto que se declarase no ajustada a derecho la decisión de la empresa “Telefónica de España SAU” de promover y acoplar, mediante la convocatoria interna, a personal con la categoría de operadores (antiguos telefonistas) a determinados puestos de trabajo cuyas funciones, entre otras, eran la atención y realización de operaciones con consola de radio para las comunicaciones marítimas, y que se declarase asimismo que las referidas funciones no podían ser llevadas a cabo por personal clasificado como operadores/as del Grupo 38 (antes telefonistas del Grupo 8) y sí por radiotelefonistas, radiotelegrafistas y oficiales radioelectrónicos (Grupo 33 y 86), que son los empleados que ostentan el imprescindible título administrativo habilitante.

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de junio de 2002**, I.L. J 3063, estima en cambio la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo para la impugnación por la representación de los trabajadores de un calendario laboral impuesto por la empresa tras el intento frustrado de su adopción negociada, sin que a tales efectos proceda instar el proceso de fijación individual o plural de la fecha de disfrute de las vacaciones, previsto en los artículos 125 y 126 de la Ley de Procedimiento Laboral, por contemplarse en el referido calendario impugnado materias sobre tiempo de trabajo y descanso diferentes a las vacaciones (jornada anual, distribución del tiempo de trabajo, días laborables y de descanso,...).

En el supuesto de la **STSJ de La Rioja de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 3093, se cuestiona la adecuación de la modalidad procesal de conflicto colectivo en relación con una demanda en la que se impugna una decisión empresarial de modificación de la estructura salarial, amparada en el nuevo convenio colectivo sectorial, instándose el mantenimiento de la estructura anterior y el incremento de los salarios del año anterior en un 4 por ciento.

Partiendo de la conocida y copiosa doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre la delimitación del ámbito del proceso de conflicto colectivo en relación con sus elementos subjetivos, vinculado a la afectación de un grupo genérico de trabajadores estructurado sobre un factor homogéneo, y objetivo, constituido por la presencia de un

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

interés general y manifestado igualmente en el alcance declarativo de la pretensión, más allá de “un pronunciamiento concreto de condena o de reconocimiento singular de una situación jurídica”, la citada STSJ de La Rioja declara la inadecuación del proceso de conflicto colectivo respecto de la demanda planteada.

Se estima que la referida demanda no afecta a todos los trabajadores de la empresa, sino tan sólo a los que les han sido de aplicación los dos convenios sectoriales litigiosos y su sucesión temporal, y que el suplico de aquélla no se dirige a la resolución de dudas o a la interpretación de normas, sino a impugnar una decisión de empresa adoptada en cumplimiento de lo establecido en convenio colectivo, “sin que la vía del conflicto colectivo sea la idónea para alterar lo pactado en convenio o instar su no aplicación”.

Por lo demás, la Sala de suplicación tampoco estima que el pronunciamiento sobre la inadecuación de procedimiento coloque a los trabajadores afectados en situación de indefensión, en la medida en que, sin resolverse sobre la cuestión de fondo, se deja expedita su actuación procesal a través de la modalidad procedente.

B) Caducidad de la acción para instar el procedimiento de conflicto colectivo

Aunque la **STS de 5 de diciembre de 2002**, I.L. J 2591, resuelve una duda de carácter eminentemente procesal, no estará de más, por su interés, hacer aquí una sucinta referencia a la doctrina en ella contenida.

El comité de empresa de Telefónica presentó escrito ante la Autoridad Laboral para iniciar el procedimiento de conflicto colectivo previsto en los arts. 21 y siguientes del RD-L 17/1977, frente a una decisión empresarial de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Y lo hizo el día decimonoveno de los veinte en que consiste el plazo para el ejercicio de la acción previsto en el art. 59.4 ET, en concreto el día 3 de agosto de 2001. El siguiente día 9 se intentó la avenencia sin éxito, de manera que la referida Autoridad Laboral presentó demanda iniciando el proceso el día 21 de agosto.

La duda y el problema que la Sala resuelve es si fue correctamente apreciada la excepción de caducidad de la acción, en aplicación del art. 65.1 LPL, que establece que el cómputo del plazo se reanuda al día siguiente de celebrada o intentada la conciliación previa. Y lo hace, en un alarde de sensibilidad y con un gran esfuerzo argumental, apoyándose en la diversa naturaleza y finalidad que tienen la conciliación previa y el procedimiento administrativo instado por el comité de empresa en el presente caso, previsto este último en una norma externa a la LPL, el RDL 17/1977, que le dota de una mayor complejidad y distinto sentido. Razones todas ellas que conducen a considerar que no es de aplicación aquí la regla de cómputo contenida en el citado art. 65 LPL, sino que ha de entenderse que el plazo se suspende por todo el tiempo que duren las actuaciones y trámites comprendidos en el procedimiento aludido. Refuerza la Sala sus argumentos invocando un principio de “interpretación más favorable al ejercicio de la acción colectiva”.

C) Eficacia de laudo arbitral poniendo fin a un conflicto colectivo

En el caso al que se refiere la STS de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 2465, las partes integrantes de la Comisión Mixta de Vigilancia del Convenio colectivo de las Cajas de Ahorro para 1995-1997 designaron árbitro para resolver un conflicto a propósito de la convocatoria en la entidad “Ibercaja” de plazas de subdelegados o interventores en oficinas clasificadas como “D” o “E”. La demanda origen de la litis pretendía que se declarase la obligación de la entidad demandada de convocar las plazas de referencia, y fue desestimada en la instancia por la Audiencia Nacional con base en dos argumentos, la falta de eficacia dirimente y carácter vinculante del laudo, al haberse suscrito el compromiso arbitral por miembros integrantes de una comisión que carecía de facultades de negociación, y la interpretación discrepante de los preceptos del convenio colectivo de aplicación a la cuestión de fondo. La sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo estima el recurso deducido por los sindicatos ACI, UGT y CCOO, y opone a aquellos argumentos estos otros: 1º) que el otorgamiento del pacto o compromiso arbitral verificado por la Comisión Mixta Interpretativa se realiza dentro de las facultades otorgadas a ésta por el propio convenio colectivo, por lo que vincula a las partes que suscribieron el mismo; 2º) que lo contrario vulnera el art. 91 ET, que habilita a los convenios colectivos para establecer procedimientos de solución extrajudicial de las controversias que puedan derivarse de la interpretación o aplicación del convenio, atribuyendo además al acuerdo logrado a través de la mediación y al laudo arbitral la misma eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos, y 3º) que la solución adoptada en la instancia vulnera lo que podría decirse constituye un principio rector o tendencial del sistema, consistente en incentivar y fomentar los instrumentos de autorregulación y autocomposición de los conflictos colectivos, buena prueba de lo cual es el segundo ASEC y su reglamento de aplicación, que asimismo otorgan eficacia plena a las decisiones arbitrales.

No deja de ser ilustrativo que sea el propio órgano que ocupa la cúspide jurisdiccional en el orden social quien esgrima este tipo de argumentos.

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO
IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ
PAZ MENÉNDEZ SEBASTIÁN
ÁNGELES CEINOS SUÁREZ

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Contenido “normativo” del convenio colectivo.

Límites: doble escala salarial y respeto del principio de igualdad. 3. Ámbito funcional.

4. Concurrencia de convenios. 5. Sucesión de convenios. 6. Convenios “extraestatutarios”. 7. Impugnación “directa” del convenio colectivo. A) Ámbito. B) Por ilegalidad.

C) Por lesión del interés de terceros

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se reseñan en los siguientes apartados las sentencias más destacadas en materia de negociación colectiva publicadas en los números 13, 14, 15 y 16 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, Lex Nova, 2002, en los que puede consultarse el texto íntegro de aquéllas. Ciertamente, no hay ninguna que establezca criterios o soluciones novedosas; sin embargo, tal circunstancia no priva de todo interés a buena parte de ellas, en la medida en que aportan precisiones que enriquecen la jurisprudencia construida hasta la fecha.

2. CONTENIDO “NORMATIVO” DEL CONVENIO COLECTIVO. LÍMITES: DOBLE ESCALA SALARIAL Y RESPETO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Aunque cabe el establecimiento de una doble escala para el cálculo y abono del complemento de antigüedad, la correspondiente cláusula del convenio debe incorporar los elementos precisos para hacerla compatible con el principio de igualdad, que afecta al convenio colectivo en cuanto norma jurídica que es e impide que puedan acordarse en él diferencias en el tratamiento retributivo de los trabajadores carentes de justificación objetiva y razonable y de proporcionalidad en relación con el resultado producido y la finalidad perseguida. Contradice dicho principio, por falta de esa justificación en la introducción de la diferenciación retributiva ante un trabajo igual, el sujetar la percepción del complemento de antigüedad a distinto modo de cálculo e importe en función, exclusivamente, de la fecha de la contratación de los trabajadores o de ingreso en la empresa. En cambio, es suficiente para hacer compatibles semejante diferenciación retributiva y aquel principio el vincular ésta a la creación de empleo o a la transformación de contratos eventuales en indefinidos. Así, SSTSJ de Aragón de 10 de diciembre y 7 de octubre de 2002, I.L. J 2869 y 2849.

3. ÁMBITO FUNCIONAL

El del “I convenio colectivo general de ámbito nacional para el sector de regulación del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública” no incluye a las empresas privadas de aparcamientos de vehículos. A su vez, el del “I convenio colectivo general de ámbito nacional” de estas últimas no comprende a las empresas que llevan a cabo el control del expresado estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública (**STS de 16 de noviembre de 2002**, I.L. J 2472, con voto particular).

4. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

Confirma el carácter de derecho necesario que conviene a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 84 ET y, por lo tanto, que los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 de igual Texto legal no pueden impedir, so pena de nulidad de la correspondiente cláusula, que un convenio posterior de ámbito inferior, pero superior a la empresa, pueda regular materias no comprendidas entre las listadas en el primero de los mencionados preceptos, la **SAN de 20 de noviembre de 2002**, I.L. J 2708:

“No cabe duda que los mandatos que recogía y recoge el (...) art. 83.2 han resultado afectados por la nueva redacción del art. 84, párrafo segundo, pues éste ha reducido y limitado el alcance y extensión de aquellas disposiciones. Puede sostenerse que este nuevo párrafo segundo del art. 84 ha venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles de negociación de ámbito reducido. Este art. 84.2 ha estatuido, por razones de carácter político, un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el art. 83.2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales de modo tal que en ámbitos inferiores al de estos convenios y acuerdos, pero superiores al de empresa, se pueden suscribir pactos colectivos ‘que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior’.

Así pues, el párrafo segundo del art. 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este art. 84. Siendo claro (...) que el mandato establecido en la norma comentada (párrafo segundo del art. 84) ‘no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional’. La redacción y expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases ‘en todo caso’ y ‘a pesar de lo establecido en el artículo anterior’, dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales.

Resumiendo lo expuesto se consignan las siguientes precisiones: a) La extensión y vigencia aplicativa del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores han quedado sensiblemente

VIII. Negociación Colectiva

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.

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 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 art. 84.

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: A) Los convenios de empresa o de ámbito inferior a la empresa. B) Los convenios de ámbito superior a la empresa que no reúnan los requisitos que exige el párrafo segundo del art. 84. Y C) 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.

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. 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.

(...) las disposiciones que, con amparo en el art. 83.2, establezcan ‘la estructura de la negociación colectiva’ o ‘las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las distintas unidades de contratación’, no tienen eficacia ni vigor alguno en lo que atañe a aquellos pactos colectivos que se comprenden en el párrafo segundo del art. 84 del Estatuto.”

Entre las materias que el párrafo tercero del art. 84 ET dispone que no pueden ser objeto de negociación por el convenio del ámbito superior a la empresa que concurre con otro sectorial de mayor ámbito no figura el ámbito funcional. Por tanto, el del primer convenio no está obligado a respetar necesariamente el del segundo, pudiendo acordar otro distinto siempre que: 1) entre las actividades incluidas existan las afinidades suficientes que permitan considerar que la unidad de negociación construida es razonable y

no arbitraria (“homogeneidad funcional relativa”), y 2) los sujetos negociadores posean la legitimación necesaria para negociar en el ámbito seleccionado (STS de 18 de diciembre de 2002, I.L. J 2630).

5. SUCESIÓN DE CONVENIOS

La sucesión de convenios y la retroactividad del posterior a un momento previo a la fecha de celebración de un contrato eventual por circunstancias de la producción celebrado bajo la vigencia del convenio anterior no conduce a que la duración de dicho contrato, ajustada a lo permitido por tal convenio, quede modificada por las nuevas reglas que establezca al respecto el nuevo que lo sustituya (STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2002, I.L. J 2954).

6. CONVENIOS “EXTRAESTATUTARIOS”

Sobre su admisión, naturaleza y eficacia, SAN de 8 de octubre de 2002, I.L. J 2704, reproduciendo términos de la STS de 16 de mayo de igual año, I.L. J 1120:

“La existencia de los precitados convenios colectivos o acuerdos de carácter extraestatutario, que han sido objeto de bastante polémica tanto en el ámbito judicial como en el doctrinal, en la actualidad, es admitida pacíficamente su suscripción y validez como lo ponen de relieve las sentencias del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo (...), siendo de resaltar que tal tipo de acuerdos o convenios carecen de valor normativo teniéndolo solamente convencional, por lo que no se integran en las fuentes del Derecho Laboral previstas en el art. 3.1 del Estatuto de los Trabajadores, regulándose, en consecuencia, por la normativa general del Derecho común en el campo de las obligaciones. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de 8 de junio de 1989, con base en el art. 37.1 de la Constitución española, admite la posibilidad de la celebración de tales convenios de eficacia limitada y no normativos, atribuyendo legitimación para concertarlos a los sindicatos con apoyo en el art. 28.1 del Texto constitucional.

Pero es que es más, la vigente Ley de procedimiento laboral, en el art. 151.1, viene a admitir la posibilidad de ese tipo de convenios cuando habla de convenio colectivo ‘cualquiera que sea su eficacia’.”

7. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO

A) Ámbito

Confirma la SAN de 8 de octubre de 2002, I.L. J 2704, que queda también comprendida en dicha impugnación la que afecte al convenio colectivo “extraestatutario”. Razona

VIII. Negociación Colectiva

la Sala, acomodándose a lo resuelto por la STS de 16 de mayo de igual año, que casó y anuló otra anterior de aquélla (se dio cuenta de ella en el número 13 de esta revista), que la naturaleza convencional propia de los convenios del indicado tipo en modo alguno se opone a que “puedan ser impugnados por quienes no los suscribieron, cuando se advierta ilegalidad, o lesividad para terceros, en el contenido de los mismos”. En el caso de que la impugnación sea por ilegalidad del acuerdo o convenio, debe reconocerse legitimación para proceder a tal impugnación al sindicato “que cuenta con una implantación suficiente en el ámbito de la empresa”.

B) Por ilegalidad

Con carácter general, la legitimación para la impugnación por el motivo contemplado no se supedita a que la acción se ejercite por un sindicato que no haya intervenido en la elaboración y firma del convenio colectivo de que se trate. Esta condición no es exigible cuando la impugnación se circunscribe a una parte del convenio. Así, STS de 26 de noviembre de 2002, I.L. J 2492:

“Ciertamente la posición del sindicato que formuló la demanda plantea la duda acerca de la legitimación para impugnar un convenio en cuya elaboración intervino y a cuya firma concurrió; sin embargo, por paradójico que ello pueda resultar, no es razón esencial para denegar la iniciativa de impugnación en todo caso, pues cabría diferenciar la impugnación de un convenio en su totalidad supuesto en el que la forma del mismo constituiría un absurdo (*sic*), de la impugnación de una parte de su articulado, pues, dado el vehículo a través del cual se obtiene la fuente del derecho que es el convenio colectivo, en el que dos son los fines esenciales a satisfacer, la paz social y la creación de normas que colmen el vacío legal y reglamentario, o bien superen la medida de mínimos de dichas normas, fines que, a su vez, se asientan en un principio básico, el de la buena fe negocial, que se trasluce en la voluntad de mantener y proseguir la negociación del convenio hasta su finalización, sin ejercicio de violencia perturbadora o uso de maniobras de entorpecimiento que estansen o hagan imposible la negociación (*sic*), y sobre estas pautas deberá evaluarse la actitud de un sindicato que cumple las obligaciones derivadas del deber de negociar y se mantiene en la mesa, pues ésta es una de las formas de desempeño de la representatividad de la cual goza en virtud del proceso electoral, y, pese a no estar conforme con la totalidad del articulado, firma el convenio sin que ello suponga una actitud ilógica o inusual, pues sin perjuicio de preservar el conjunto negociado la Ley reserva, artículo 161 de la Ley de Procedimiento Laboral, la posibilidad de impugnar el convenio, mostrándose en este punto abierto al definir la legitimación activa en el artículo 163 del citado texto legal a que los órganos de representación legal o sindical o asociaciones empresariales interesados ejercitan la oportuna acción por tanto con clara reposición de los terceros afectados, lo que deja en el ámbito de partes interesadas a quienes firmaron el convenio (*sic*).”

C) Por lesión del interés de terceros

Carece de legitimación para proceder a este tipo de impugnación la asociación empresarial que agrupa a empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio. La condición de tercero cuyo interés haya resultado gravemente lesionado, única que permite

contar, según el art. 163.1.b) LPL, con la expresada legitimación, no viene dada, en el caso de una asociación empresarial como la contemplada, por el hecho de que ésta no haya formado parte de la comisión negociadora del convenio. Así, **STS de 26 de diciembre de 2002**, I.L. J 2715:

“Al definir a los terceros, el art. 163.1.b) LPL ‘lo hace en sentido negativo, disponiendo que carecen de tal condición los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio’. La interpretación correcta de dicho precepto ‘debe hacerse partiendo de la base de que, para determinar quiénes quedan excluidos del concepto de terceros, lo importante no es tanto el término ‘trabajadores’, sino el predicado ‘incluidos en el ámbito de aplicación’, y lo mismo cabe decir de los empresarios; este último factor es el que realmente otorga o priva de la condición de tercero, por su posible afectación por el convenio, de tal modo que solamente serán terceros los sujetos que queden fuera del ámbito de aplicación del convenio’.”

JAVIER GÁRATE CASTRO

IX. SEGURIDAD SOCIAL**Sumario:**

- 1. Fuentes. 2. Campo de aplicación del sistema. 3. Encuadramiento. 4. Gestión.**
- 5. Financiación. 6. Cotización. 7. Recaudación. 8. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.** A) Concepto de accidente. B) Indemnización por daños y perjuicios.
- C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene. D) Enfermedad profesional.
- 9. Régimen económico, garantías y responsabilidades en materia de prestaciones. 10. Asistencia sanitaria.** A) Reintegro de gastos médicos. **11. Incapacidad temporal.**
- A) Dinámica de la prestación. **12. Maternidad. 13. Regímenes especiales.**
- 14. Infracciones y sanciones. 15. Procesos de seguridad social.**

1. FUENTES

Para la STS de 13 de noviembre de 2002, I.L. J 2472, la doctrina unificada de la Sala Cuarta del TS en SSTs de 15 de noviembre de 2001 y 26 de junio, 5 de julio y 30 de septiembre de 2002 ha fijado que el abono de cotizaciones por edad tal y como se prevé en la Disposición Transitoria Segunda, punto 3, de la Orden de 18 de enero de 1967 ha de ser tenida en cuenta a efectos de cálculo de pensión efectiva con cargo a la Seguridad Social española, no siendo la norma aplicable el art. 46 del Reglamento 1408/1971 sino esta disposición transitoria.

Según la STS de 16 de diciembre de 2002, I.L. J 2621, siguiendo la doctrina establecida entre otras en la STS de 15 de noviembre de 2001 es de aplicación preferente el art. 24.1.b) del Convenio entre España y los Países Bajos en lugar del Anexo VI.D).4) del Reglamento 1408/1971 y en consecuencia el cálculo de la base reguladora debe hacerse a partir de las bases medias de cotización correspondientes a la categoría del trabajador.

La STS de 23 de diciembre de 2002, I.L. J 2650, resuelve el TS la intercomunicación de cotizaciones efectuadas por el marido de la actora a los sistemas de Seguridad Social de España y Panamá aplicando la doctrina de la STS de 18 de marzo de 2002 que establece que si bien es cierto que los emigrantes e hijos de emigrantes deben tener en los países en que trabajen la cobertura de la seguridad social propia de dichos países, el art. 1 del RD 996/1986 subordina la aplicación del Régimen General de la Seguridad Social española a la existencia entre el país de origen y el de destino de un Convenio que ampara el otorgamiento de la prestación cuestionada, el reconocimiento al causante de la situación

de alta o asimilada a ésta y el cumplimiento del período de carencia requerido, ninguno de estos requisitos se cumplían en el caso resuelto por la Sentencia.

En la **STSJ de Andalucía (Granada) de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 2969, el Tribunal resuelve aplicando la línea argumental seguida en su Sentencia de 2 de abril de 2002 y que establece que las cotizaciones ficticias son válidas para calcular el porcentaje de la pensión de jubilación en aplicación de la Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18 de enero de 1967 que lleva a la equiparación a estos efectos de los períodos realmente cubiertos con los asimilados no existiendo razón para que, admitida la inclusión de las cotizaciones ficticias para calcular la cuantía de la pensión, no deban también ser tenidos en cuenta a todos los demás efectos.

2. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA

No existe jurisprudencia en la materia.

3. ENCUADRAMIENTO

En un supuesto de accidente no laboral de una mujer de 21 años, al cuarto día de haber cesado en el trabajo, sin haber causado nueva alta, ni constar inscrita como desempleada, la sentencia de instancia desestima la demanda inicial en solicitud de que se declare a la actora en situación de invalidez permanente absoluta, por razón de no estar en alta o en situación asimilada en el momento del accidente. Contra dicha sentencia se interpone recurso de suplicación, declarándose en la **STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2002**, I.L. J 2886, que es necesario aplicar frente al rigor formal el criterio flexibilizador, humanitario e individualizador, que ha venido manteniendo el Tribunal Supremo para la consideración de la asimilación al alta de determinadas situaciones, atendiendo a las concretas circunstancias del caso concreto, como son, para el caso analizado, los escasos días transcurridos y la imposibilidad de la accidentada de desarrollar algún tipo de trabajo por las secuelas del accidente. Con similar argumentación, puede igualmente consultarse la **STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2002**, I.L. J 2888, en un supuesto de incapacidad permanente total.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Incapacidad absoluta precedida de incapacidad temporal seguida de desempleo contributivo. Inaplicación de la doctrina del paréntesis en el cálculo de la base reguladora. La cuestión planteada en la **STS de 11 de diciembre de 2002**, I.L. J 2612, se refiere al cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente absoluta en aquellos supuestos en que dicha situación ha venido precedida de una situación de incapacidad temporal seguida luego de una situación de desempleo durante la cual se han percibido prestaciones sociales contributivas. En concreto, asegurado recurrente entiende que es aplicable a tales períodos de incapacidad temporal y de desempleo contributivos la doctrina del paréntesis para determinar el cálculo de la pensión de incapacidad permanente apoyándose en la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2000 en la que en un supuesto sustancialmente igual se aplicaba la doctrina del paréntesis a los períodos de incapacidad temporal.

Sin embargo, el Tribunal Supremo destaca que tal doctrina ha sido rectificada recientemente por la STS de 1 de octubre de 2002 en la que se ha descartado la eliminación de los meses correspondientes a una situación de incapacidad temporal en que no haya obligación de cotizar a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de invalidez. El Tribunal mantiene en este pronunciamiento la última doctrina asentada en el año 2002 de manera que no entiende aplicable a estos supuestos la doctrina del paréntesis. Así, la nueva orientación doctrinal del Tribunal Supremo, quedaría sintetizada con el siguiente razonamiento: en primer lugar, el paréntesis en cuanto eliminación de un período de cómputo que se sustituye por otro queda referido exclusivamente a la situación de invalidez provisional ya desaparecida y, en su caso, a las prórrogas de incapacidad temporal previstas en el art. 131 bis.2 de la LGSS. En segundo lugar, otras incidencias del período de empleo como la incapacidad temporal o el paro involuntario no se deben resolver de acuerdo con el criterio del paréntesis pues el Tribunal entiende que de lo contrario sería inaplicable la integración de las lagunas de cotización con bases mínimas tal como prevé el art. 140.4 LGSS.

Reconocimiento jurisdiccional de incremento de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente. Determinación de la fecha de efectos económicos y aplicación de la doctrina del paréntesis durante la situación de invalidez provisional. Al trabajador le fue reconocida por la vía jurisdiccional un incremento de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente al aplicarse la doctrina del paréntesis al período de invalidez provisional al que sucedió un nuevo período de alta y cotización anterior al hecho causante. El INSS recurre en unificación de doctrina pues entiende que el reconocimiento de la mejora debe retrotraerse a los tres meses anteriores a la solicitud y no a los cinco años y, por otro lado, no entiende aplicable la doctrina del paréntesis en este supuesto concreto en el que ha mediado una actividad profesional con posterioridad al agotamiento de la situación de la invalidez provisional.

Entiende el Tribunal Supremo en la **STS de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2712, que la primera sentencia carece de contenido casacional pues ya existe una doctrina consolidada del mismo Tribunal (entre otras, las Sentencias de 25 de marzo y 7 de julio de 1993,

de 23 de enero y 14 de marzo de 1995, de 22 de noviembre de 1996, de 8 y 12 de marzo de 1999 y de 26 de febrero de 2001) conforme a la cual “los efectos económicos de una pensión ya reconocida no se retrotraen a los tres meses anteriores a la petición deducida, sino que deben retrotraerse a la fecha del reconocimiento del derecho con el límite de cinco años”.

Además pretende el INSS revisar la doctrina del paréntesis para este supuesto en que medió un período de actividad cotizada entre la finalización de la invalidez provisional y la fecha del hecho causante.

El Tribunal Supremo confirma para este caso la doctrina del paréntesis durante la situación de invalidez provisional, iniciada por la STS de 5 de febrero de 2001 a efectos del cálculo de la base reguladora de la pensión de incapacidad permanente. Entiende el Tribunal que resulta indiferente si el período carente de cotización transcurre de manera inmediata al hecho causante o bien sucede transcurrido un intervalo de tiempo entre ambas situaciones. El elemento verdaderamente importante es la no colocación voluntaria del afectado en la situación que le impide cotizar, produciéndose una minoración importante en el cálculo de la pensión.

Cómputo recíproco de cotizaciones. Cálculo de la pensión de jubilación sumando las cotizaciones efectuadas al Régimen de Clases Pasivas. En este recurso de suplicación, **STSJ de Baleares de 9 de noviembre de 2002**, I.L. J 2996, el INSS recurría la sentencia de instancia por entender que el demandante, piloto de profesión que solicitó la jubilación anticipada a los 60 años, no reunía el requisito de estar dado de alta ya que su último trabajo como auxiliar administrativo en una empresa sólo duró dos días por lo cual el INSS mantenía que se trataba de un alta fraudulenta. El Tribunal Superior de Justicia no acoge tal pretensión pues no aprecia en el supuesto “una radical discordancia entre el fin mismo del contrato y el realmente perseguido por las partes”.

En otro punto el Tribunal Superior de Justicia de Baleares sí corrige la sentencia de instancia pues reconoce al recurrente las cotizaciones que efectuó al Régimen de Clases Pasivas, en aplicación del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril. No son válidos los argumentos de la sentencia recurrida que consideraba irrelevante la adición de tales cotizaciones para determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora “pues aun computando tales períodos no alcanzaría el 100 por ciento de la base reguladora y por lo tanto abonaría los mínimos establecidos”. Acertadamente el Tribunal Superior de Justicia aprecia la confusión conceptual de la sentencia entre la determinación de la pensión contributiva y el mecanismo del complemento por mínimos.

Reconocimiento de pluriempleo de trabajadora que trabaja como profesora asociada a tiempo parcial en la Universidad y a la vez como personal del servicio administrativo en la misma Universidad. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 31 de julio de 2002**, I.L. J 3081, resuelve la solicitud de nulidad de alta efectuada en recursos de suplicación por la Tesorería General de la Seguridad Social. Se solicita la nulidad del alta en el Régimen

IX. Seguridad Social

General de una profesora asociada a tiempo parcial para la Universidad de Castilla-La Mancha. La citada profesora venía prestando sus servicios para la misma Universidad como personal no docente de Administración y Servicios, habiendo sido dada de alta en el Régimen General. Se discute en esencia, si puede darse de alta en el mismo Régimen General como consecuencia de una segunda actividad legalmente compatible ante un mismo empleador público. El TSJ aprecia la inexistencia de regulación específica que trate el reconocimiento de alta simultánea por actividades susceptibles en el mismo Régimen de Seguridad Social—es decir, la situación de pluriempleo reconocida en el art. 7.4.1º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero— cuando tales actividades se desarrollen para un mismo empleador. No obstante entiende aplicable análogicamente la Disposición Adicional Primera del Real Decreto de 28 de agosto de 1989 la cual prescribe que si en el primer puesto o actividad principal el interesado está sujeto al Régimen General de la Seguridad Social, será entonces también alta por esta segunda actividad de profesor asociado, en el Régimen General de Seguridad Social, y cotizará al mismo por la situación de desempleo. Justifica el Tribunal la extensión del precepto al tal supuesto por el hecho en que no debe tratarse de forma más desfavorable al profesor asociado cuya vinculación extraacadémica lo sea con la misma Universidad en relación con otro vinculado con otra entidad, pública o privada. Ello en base a la finalidad tuitiva pretendida por la norma y el carácter solidario de la afiliación en nuestro sistema de Seguridad Social. En consecuencia, el Tribunal desestima la petición de la Tesorería General de Seguridad Social, reconociendo en este caso situación de pluriempleo.

Devolución a la empresa de las cotizaciones ingresadas tras el reconocimiento de la incapacidad permanente previa impugnación judicial por parte del trabajador. En la **STSJ de Extremadura de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 3139, la empresa demanda a la Tesorería General de la Seguridad Social la devolución de cuotas en el supuesto de reconocimiento retroactivo por sentencia de la pensión de incapacidad permanente concedida a uno de sus trabajadores. Según hechos probados, el trabajador estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 15 de enero de 1999 hasta el 30 de noviembre de 2000 hasta agotar su duración máxima y tras la denegación de la situación de incapacidad permanente se incorporó a su puesto de trabajo, cursando la empresa alta ante la Tesorería General de la Seguridad Social el 4 de diciembre de 2000. El trabajador impugnó el alta que le fue reconocida en sentencia de instancia con efectos económicos desde el 7 de noviembre de 2000 fecha en que el EVI emite dictamen-propuesta. No obstante lo anterior, el INSS abonó la prestación de incapacidad permanente por el período de 7 de noviembre de 2000 hasta el 31 de enero de 2001, día anterior a la fecha de presentación de la demanda, suspendiendo la presentación de la misma hasta el 23 de agosto del mismo año, fecha en que la empresa tramitó la baja. El TSJ admite la pretensión de la empresa pues la situación de alta es incompatible con el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente en un momento anterior de manera que no procedía no procedía la tramitación del alta efectuada por la empresa el 4 de diciembre de 2000 cuando la sentencia había reconocido la situación de incapacidad permanente con fecha de 7 de noviembre de 2000.

7. RECAUDACIÓN

La totalidad de sentencias vienen referidas al alcance temporal del reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, especialmente tras la reforma del art. 45 LGSS. Así, se reitera la constante jurisprudencia en la materia indicándose que el art. 45.3 LGSS sólo es de aplicación a aquellas prestaciones indebidamente percibidas a partir del 1 de enero de 1998, aplicándose para las percibidas con anterioridad a dicha fecha la normativa anterior y la excepción de equidad de origen jurisprudencial, mediante la cual se rebajaba a tres meses el período (**STS de 12 de diciembre de 2002**, I.L. J 2466). Por su parte la **STS de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2602, también se refiere a la normativa que resulta de aplicación dependiendo de la fecha en que se perciben las prestaciones indebidadas. En este sentido, se reitera (**STS de 23 de diciembre de 2002**, I.L. J 2645), como a partir del 1 de enero de 1998 la excepción jurisprudencial de equidad no puede aplicarse. Ahora bien, en cuanto a este último tema es muy importante destacar la **STSJ de Valencia de 23 de abril de 2002**, I.L. J 2799, en la que se considera que es tan claro que el art. 45 LGSS permita no aplicar el plazo de 3 meses. Así, cuando existe un puro error de la entidad gestora, el plazo se limitará a tres meses “sólo si concurre un cambio interpretativo o una sensible, objetiva e injustificada demora del ente, que incrementa innecesariamente la cantidad a restituir y hace más onerosa –sin motivo– la condición del beneficiario. No se olvide que la reforma (...) deja intacto el texto del art. 43 (...) en que por analogía se sustenta la limitación del reintegro a tres meses”. Todo ello en tanto que “un retraso en la actuación, manteniendo el pago, y a sabiendas, voluntariamente, supondrá un doloso o al menos culposo incremento innecesario de la restitución a cargo del beneficiario (...) abuso de derecho”.

Por otro lado, se establece en la **STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2002**, I.L. J 2560, que el INEM posee la facultad de revocar, en materia de prestaciones, aquellos actos administrativos que hayan reconocido derechos como instrumento para exigir la devolución de prestaciones indebidamente percibidas por los trabajadores, señalándose que en este punto entran en juego los artículos 226 y 227 LGSS en vez del artículo 145 LPL.

Finalmente, en la **STS de 4 de diciembre de 2002**, I.L. J 2590, en un supuesto en el cual la empresa procedió al pago directo de la IT a un trabajador que no poseía la cotización suficiente para ello, se establece que el INSS es acreedor de la empresa por las cantidades que ésta, indebidamente, satisfizo a su trabajador y de las que, indebidamente también, se resarcó por el cause del art. 20 de la OM de 25 de noviembre de 1966.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La **STS de 25 de noviembre de 2002**, I.L. J 2489, descarta la consideración como accidente de trabajo al infarto de miocardio ocurrido en el domicilio del trabajador varias

IX. Seguridad Social

horas después de terminada la jornada laboral. Según el Tribunal Supremo, no cabe duda de que el infarto de miocardio puede perfectamente hallarse comprendido en la presunción del actual art. 115.3 LGSS, ya que no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardíaca. Sin embargo, la dolencia cardíaca analizada por la sentencia se produjo a la una de la madrugada en el domicilio del trabajador, por lo que no cabría deducir que tal dolencia se hubiera manifestado el día anterior en el lugar y durante el tiempo de trabajo.

Según la **STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2002**, I.L. J 3027, debe declararse la existencia de accidente de trabajo al finalizar la jornada de trabajo, estando el trabajador ya en el vestuario, cuando éste se encontraba cambiándose la ropa de trabajo por la de calle, una vez finalizada la jornada de trabajo. En el caso analizado, existe más que una simple posibilidad, una probabilidad de incidencia del trabajo en el desencadenamiento del proceso que le produjo la muerte, incluyéndose en la presunción *iuris tantum* de accidente de trabajo, sin que en este caso haya quedado desvirtuada dicha presunción.

La **STSJ del País Vasco de 29 de octubre de 2002**, I.L. J 2682, desestima la demanda por accidente de trabajo y enfermedad profesional instada por la cónyuge de un trabajador que desempeñaba su prestación de servicios en alta mar a bordo de un buque, y que había fallecido a consecuencia de una embolia pulmonar. Según la sentencia, no existen los suficientes datos para que la presunción del art. 115.3 LGSS entre en juego. A pesar de las especiales características del buque, ello no quiere decir que, al margen de la tarea de engrasador para la que fue contratado el trabajador, éste no dispusiera de horas de descanso. En base a esta argumentación, no quedaría acreditado que el accidente se produjera mientras desarrollaba la actividad laboral. Por lo tanto, no quedaría acreditada la concurrencia de los dos elementos necesarios y mínimos para que pueda entrar en juego la presunción del art. 115.3 LGSS.

En la **STSJ de Aragón de 11 de diciembre de 2002**, I.L. J 2729, se recuerda la doctrina del Tribunal Supremo según la cual no se considera accidente de trabajo la cardiopatía isquémica sobre arteriosis generalizada, manifestada *in itinere*. Como ya había señalado el Tribunal Supremo en otros casos, la asimilación a accidente de trabajo del accidente de trayecto (*in itinere*) se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo) y no a las dolencias o procesos de distinta etiología y modo de manifestación. Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2002**, I.L. J 2899, tampoco se considera accidente de trabajo *in itinere* aquel sufrido por el trabajador en un accidente de tráfico, puesto que aquél no se produjo cuando el trabajador volvía del trabajo a su habitual residencia, sino cuando se dirigía a otra localidad (situada a 13 km de su lugar de trabajo y en dirección contraria a su domicilio), con la finalidad de efectuar compras de alimentos, cuando resulta acreditado que tales compras pudo haberlas realizado en la localidad en la que habitualmente reside, disponiendo de similares horarios de apertura al público.

Por el contrario, sí que se aprecia la existencia de accidente de trabajo *in itinere* en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de julio de 2002**, I.L. J 8072. Según dicha sentencia, no puede considerarse uno de los trayectos como el más adecuado o normal frente al alter-

nativo por el mero hecho de que, entre uno y otro, exista una diferencia de pocos kilómetros en un trayecto que supera los 100 kilómetros. Lo único que se exige es que el trabajador utilice el trayecto habitual, normal o habitual, y, si existen dos rutas o itinerarios igualmente adecuados, en función de la intensidad del tráfico, el estado de la carretera, etc., cualquiera de ellos podrá considerarse el adecuado o normal. También la **STSJ de Extremadura de 18 de octubre de 2002**, I.L. J 2935, concluye que debe ampliarse la presunción de laboralidad a todo el tiempo en que el trabajador, en consideración a la prestación de sus servicios, aparece sometido a las decisiones de la empresa. Esta situación resulta clara en los antecedentes de hecho de la sentencia, teniendo en cuenta que el trabajador vivía en la finca por razones de trabajo, y que al incorporarse al mismo se dirigió a entregar la mochila a su hijo al autobús para integrarse a su jornada laboral, no pudiéndose deducir de esta circunstancia que se haya roto el nexo causal, pues ello entra dentro de los patrones usuales de convivencia o comportamiento exigible al trabajador fallecido.

B) Indemnización por daños y perjuicios

La **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2754, analiza el criterio que debe seguirse a la hora de calcular el quantum de una indemnización de daños y perjuicios en concepto de responsabilidad civil por accidente de trabajo. La sentencia aplica los módulos establecidos en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados, calculando la indemnización civil en base a la cantidad que le correspondiera al trabajador por hospitalización, días improductivos, puntos (según informe forense) y perjuicios económicos. No obstante, la sentencia llega a la conclusión de que existió culpa del trabajador, por lo que en este caso se recurre también a la doctrina del Tribunal Supremo según la cual, en los supuestos en los que existe culpa o imprudencia del trabajador accidentado, hay que detracer de la cuantía de la indemnización las prestaciones de Seguridad Social que le correspondan al trabajador, en este caso la prestación de incapacidad permanente total (lo que supone un porcentaje de disminución de hasta el 50 por ciento de lo que le correspondería percibir de no haber concurrido la imprudencia señalada).

Según la **STSJ de Valencia de 9 de abril de 2002**, I.L. J 2788, procede la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de un accidente de trabajo, dada la existencia de culpa contractual. Y ello porque no basta con que la empresa ponga a disposición de sus trabajadores el cinturón de seguridad cuando tengan que realizar trabajo en altura con peligro de caída eventual, sino que además deben existir puntos de anclaje a los que sujetar el cinturón de seguridad, ya que, de lo contrario, el uso del mismo carece de sentido. Por tanto, existe una responsabilidad a título de culpa imputable al empresario, quien por ello viene obligado a resarcir el daño causado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1101 del Código Civil.

La **STSJ de Murcia de 23 de diciembre de 2002**, I.L. J 2862, aprecia los requisitos para estimar la responsabilidad por culpa de la empresa, si bien de carácter leve, ya que el tra-

IX. Seguridad Social

bajador no actuó con la debida precaución, pues incurrió en un exceso de confianza que resultó imprudente, dadas las circunstancias en las que, sin tener un perfecto campo visual, intentó, estando agachado, introducir una mecha de sisal en el sistema de aspiración sin pasar por los rodillos guías, incidencia que, aunque solucionada por el trabajador más cercano, no debió ser realizada con tal exceso de confianza. De ahí que se haya reducido la indemnización fijada a la empresa.

En los supuestos de aseguramiento por parte de las empresas constructoras en virtud de obligación asumida por convenio colectivo, la obligada al pago de la indemnización por daños y perjuicios es la entidad aseguradora, según la **STSJ de Baleares de 24 de octubre de 2002**, I.L. J 2915, dado que la empresa constructora ha cumplido correctamente su obligación con la empresa aseguradora al proceder al pago de la prima anual e informando por escrito sobre el movimiento que se ha producido en la plantilla del personal.

Para la **STSJ de Murcia de 28 de octubre de 2002**, I.L. J 2951, la absorción de una sociedad por otra no elimina la responsabilidad de la absorbida, pues se integra en la personalidad jurídica de la que procede a la absorción. En realidad, más que una subrogación, es un cambio de nombre que conlleva una transmisión de responsabilidad indisoluble con la absorción. De otro modo, se desprotegería a los trabajadores “volatilizándose” la responsabilidad de la sociedad absorbida.

C) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene

En la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de noviembre de 2002**, I.L. J 2693, se desestima el recurso de la empresa que pretendía la minoración del recargo de prestaciones. En esta sentencia, se toma en consideración la gravedad de la falta de medidas de seguridad (en la explanada de la empresa recurrente no existía una zona de tránsito debidamente protegida para evitar que las distintas máquinas que circulan pudieran invadir esa zona de paso). Esta situación dio lugar a unas consecuencias graves, como es que el trabajador haya sido declarado en incapacidad permanente total, debiendo en consecuencia mantenerse el recargo en el 40 por ciento, no procediendo su minoración al 30 por ciento que postula la recurrente en base a que en la sentencia de instancia solamente se haya considerado una sola falta de medida de seguridad, y no dos como en la resolución administrativa, pues tal razonamiento no es causa bastante para aminorar el recargo, dada la gravedad de las consecuencias del accidente.

Según la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 18 de noviembre de 2002**, I.L. J 2694, el hecho de que pueda producirse la devolución de uno de los capitales costes es una cuestión que debe solventarse entre las empresas condenadas solidariamente, y ellas serán las que deberán instar lo que estimen oportuno, con aplicación de la normativa vigente, pero nunca puede suponer un obstáculo al interés de la trabajadora ejecutante de asegurar el recargo con carácter definitivo cuando ha obtenido una sentencia en firme respecto de la procedencia del recargo. La trabajadora recurrente está ejerciendo, por tanto, el derecho reconocido por el art. 240 LPL (ejecución parcial de sentencias no firmes), y para el mismo no es ningún obstáculo el que se tengan que efectuar dos ingresos del capital coste, lo que no implica que se tenga que efectuar doble pago.

La **STSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2002**, I.L. J 2730, concluye en que no procede el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad, puesto el empleador ofreció al trabajador, en varias ocasiones, otros puestos de trabajo en la empresa y el actor los rechazó reiteradamente, iniciándose posteriormente un proceso de incapacidad temporal por las lumbalgias que padecía, que desembocó finalmente en su declaración de incapacidad permanente total. El hecho de que la empresa no acudiese a medidas coercitivas para imponer contra la voluntad del trabajador un traslado no puede ser causa suficiente para imponerle el oneroso recargo establecido en instancia, lo que lleva a estimar el recurso de suplicación interpuesto por la empresa.

Para la **STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2002**, I.L. J 2892, procede el recargo de prestaciones en un 30 por ciento, puesto que las barandillas o desniveles que supongan un riesgo de caída de personas se deben proteger mediante barandillas u otros sistemas de protección equivalentes, que pondrán tener partes móviles cuando sea necesario disponer de acceso a la abertura, en particular la abertura en los suelos. A pesar de ello, en la abertura existente en el suelo de la empresa donde se produjo el accidente no existía ninguna protección. También en la **STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2002**, I.L. J 2942, se condena a la empresa al recargo del 50 por ciento, sin que quepa aminorar dicho porcentaje, puesto que supone una infracción grave la elevación de una máquina sin colocar los calzos de sujeción, lo que provocó que ésta cayera al suelo atrapando al trabajador.

Por el contrario, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 24 de septiembre de 2002**, I.L. J 2917, desestima la imposición del recargo de prestaciones, basándose en la inexistencia del nexo causal entre la no observación de las medidas de seguridad y el accidente de trabajo. Sobre la desestimación del recargo de prestaciones también se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 26 de noviembre de 2002**, I.L. J 3134, porque no estaría suficientemente probada la relación de causalidad entre el accidente y la omisión de las medidas de seguridad, teniendo en cuenta el nivel de vigilancia que impone la Ordenanza de 9 de marzo de 1971.

D) Enfermedad profesional

Según la **STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 2557, la trabajadora falleció a consecuencia de una enfermedad profesional, sin que sea necesaria la realización de una autopsia para acreditar la causa del fallecimiento de una persona. Así pues, la existencia de una autopsia no puede convertirse en requisito indispensable e insustituible para tener por acreditada cuál haya sido la causa de una determinada defunción.

El concepto de enfermedad profesional es recordado en la **STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2002**, I.L. J 2559. Dicho término responde a un proceso lento y progresivo, en la que concurra la señalada relación de causalidad conforme a la lista legal de enfermedades profesionales. Sin embargo, en el caso analizado, el resultado dañoso no ha sido debido a una acción lenta y progresiva, sino a una acción súbita y violenta propia del concepto de accidente, al haber sido provocada por una concreta sobreexposición

IX. Seguridad Social

o intoxicación accidental de polvo de hierro, provocando un proceso de incapacidad temporal, y, tras una recaída, una incompatibilidad a sustancias empleadas en la actividad propia de la empresa para la que el trabajador prestaba sus servicios.

Según la **STSJ de Cantabria de 6 de noviembre de 2002**, I.L. J 3120, consta acreditado que el trabajador presenta una epicondilitis en el codo derecho, definiéndose ésta como lesión caracterizada por el dolor en el epicóndilo humeral, producido por pequeños desgarros con arrancamiento de la inserción de los músculos del antebrazo. Sin embargo, la sentencia concluye en que no existe enfermedad profesional, dado que no figura incardinada en el listado general que recoge el RD 1995/1978, de 12 de mayo.

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

Conforme a la **STSJ de Murcia de 18 de noviembre de 2002**, I.L. J 2517, no existe responsabilidad subsidiaria por parte del INSS derivada de insolvencia del responsable principal, por tratarse del pago de un subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común, dado que la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora sólo está prevista por la Ley General de Seguridad Social cuando se trate de prestaciones por incapacidad temporal, invalidez o muerte, derivadas de accidente de trabajo. Estamos ante el mismo supuesto de falta de responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora aunque la empresa tenga concertado el aseguramiento del riesgo por enfermedad común con una Mutua, según la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 18 de septiembre de 2002**, I.L. J 2979.

Cuando un trabajador está en alta en el momento del hecho causante tiene derecho a ser beneficiario de una prestación de incapacidad temporal igualmente pese a que no tenga cubierto el período de carencia exigido legalmente por descubierto empresarial, porque las cotizaciones no realizadas con anterioridad al alta son asimilables a un supuesto de “no cuotas”, supuesto comprendido dentro de la obligación de anticipo de la prestación por la Entidad Gestora. Ya que la tendencia de la jurisprudencia es el mantenimiento de la automaticidad de las prestaciones, como garantía de los derechos reconocidos a los beneficiarios. Sin perjuicio de que, según señala la **STSJ de Valencia de 28 de febrero de 2002**, I.L. J 2763, el responsable sea el empresario porque el descubierto ha afectado al período de carencia lo que ha impedido el nacimiento del derecho a la prestación.

Las **SSTSJ de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2002**, I.L. J 2904, de **Andalucía (Granada) de 11 de julio de 2002**, I.L. J 3060, y de **Castilla-La Mancha de 3 de julio de 2002**, I.L. J 3073, analizan la responsabilidad respecto del pago de las prestaciones derivadas de accidente de trabajo por defecto de cotización empresarial, en las que no se exigen períodos de cotización, señalando que conforme a la doctrina del Tribunal Supremo estos supuestos deben resolverse mediante la aplicación de la doctrina tradicional que distingue entre incumplimientos empresariales transitorios y aquellos otros que suponen incumplimientos definitivos, voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotizar. Por lo que si computados todos los períodos temporales en los que el trabajador prestó servicios para la empresa demandada, ésta sólo

abona en plazo cortos períodos de cotización, ingresando el resto una vez que ocurre el accidente de trabajo, o bien, no abona ninguno; ello demuestra una voluntad deliberadamente rebelde de no cotizar por el trabajador, y determina la responsabilidad empresarial en el abono de la prestación; responsabilidad que no desaparece siquiera aunque se abonen las cotizaciones fuera de plazo, con posterioridad al hecho causante de la prestación, ya se efectúe voluntariamente o en virtud de Acta de Liquidación de cuotas; por cuanto ello iría en contra de la propia esencia del aseguramiento que impide garantizar un riesgo una vez que éste ya ha acaecido. Sin perjuicio de que la prestación reconocida al trabajador sea anticipada por la Mutua que podrá repetir contra la empresa; y de la responsabilidad subsidiaria del INSS en caso de insolvencia de la empresa.

Para la STSJ de Baleares de 17 de septiembre de 2002, I.L. J 2998, constituye doctrina jurisprudencial unificada del Tribunal Supremo que la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo viene determinada por la fecha de producción del mismo y no por la fecha de la declaración de la invalidez permanente, de lo que se deduce que la entidad con la que está vigente la cobertura en el momento del accidente laboral es la que responde de todas las consecuencias dañosas que puedan proceder de éste y no aquella otra que tenga asumida la cobertura del riesgo en la fecha de efectos de invalidez permanente que nace de él.

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Reintegro de gastos médicos

En la STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 2002, I.L. J 2576, la demandante inició los trámites para someterse a tratamiento de reproducción asistida para lo que fue enviada a una Clínica con la que el Servicio Nacional de Salud tiene concertada la realización de las técnicas de reproducción asistida, pero siendo incluida en una lista de espera de aproximadamente dos años. El problema de esterilidad provocó un trastorno mixto ansioso depresivo, por lo que se sometió con carácter privado al tratamiento de reproducción en la misma clínica con carácter privado y tras un mes de haber sido incluida en la lista de espera, tratamiento que resultó infructuoso, después de haberlo intentado en dos ocasiones. A juicio de la Sala, estos hechos no se encuentran amparados en una patología que requiera una asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, sin que el tiempo de espera deba considerarse excesivo, habida cuenta la edad de la paciente (31 años).

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

En la STSJ de Aragón de 13 de noviembre de 2002, I.L. J 2507, la cuestión a decidir es la referente al tratamiento que debe darse, en cuanto a la base reguladora de la prestación de incapacidad temporal, en el caso concreto de trabajadora que sufre accidente de trabajo cuando su relación laboral se desarrollaba en jornada ordinaria pero que por cuida-

IX. Seguridad Social

do de un hijo había tenido jornada reducida con la consiguiente reducción de salario y cotización inherente. A juicio de la Sala, no se contempla una situación como la presente por lo que existe un vacío reglamentario que debe ser integrado acudiendo a los principios informadores y, a través de ellos, integrar el supuesto de manera analógica, lo cual acomoda proporcionalmente la prestación al real y efectivo detrimento patrimonial por pérdida de retribución que ha supuesto la baja.

Según la **STSJ de Aragón de 20 de noviembre de 2002**, I.L. J 2509, la trabajadora no reúne la carencia corta y por tanto no tiene derecho, por insuficiente período carencial, a la prestación por incapacidad temporal, de modo que la situación referida existe tanto si se tiene derecho al subsidio, como a quienes incapacitados para el trabajo y recibiendo asistencia sanitaria de la Seguridad Social, no tienen derecho a la prestación por carecer de él.

Señala la **STSJ de Murcia de 18 de noviembre de 2002**, I.L. J 2517, que las Mutuas Patronales deben asumir la cobertura de la prestación económica de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes a favor de los trabajadores empleados por sus empresarios asociados que hayan ejercitado esta opción, con igual alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social, sin que exista norma alguna que establezca la responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora de la Seguridad Social (prevista solamente para prestaciones derivadas de accidente de trabajo). Ahora bien, los descubiertos empresariales de trascendencia, y no esporádicos, que se produjeron en el supuesto de autos, implican la responsabilidad de la empresa.

La **STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 2558, señala que cuando el trabajador sea dado de alta médica con propuesta de invalidez permanente, no se producirá la extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal (a diferencia de los supuestos de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez), sino que debe abonarse el subsidio de incapacidad temporal al trabajador desde la fecha del dictamen del CRAM hasta la de la resolución administrativa en concepto de prórroga del auxilio por incapacidad temporal.

La **STS de 4 de diciembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2558, señala que el INSS resulta acreedor de la empresa por las cantidades que ésta, indebidamente satisfizo al trabajador sin la cotización suficiente (y por tanto sin emplear la debida diligencia para cerciorarse de que el perceptor tenía derecho a cobrar la prestación) y de las que, indebidamente también, se resarcó, y ello por el cauce del artículo 20 de la OM de 25 de noviembre de 1966.

Según la **STSJ de Valencia de 28 de febrero de 2002**, I.L. J 2763, no todo descubierto hace responsable a la empresa en el pago de una prestación de incapacidad temporal, sino sólo el que afecta el período de carencia y por lo tanto impide el nacimiento del derecho a la prestación, lo que acontece en el supuesto de autos, por lo que deviene responsable la empresa, sin perjuicio de anticipar la entidad gestora, en base al principio de automaticidad de las prestaciones, como garantía de los derechos reconocidos a los beneficiarios, y sin perjuicio de que la empresa deba responder posteriormente.

Según la **STSJ de Valencia de 27 de marzo de 2002**, I.L. J 2786, la cobertura de la Mutua Patronal, a efectos del pago de una incapacidad temporal derivada de enfermedad común, alcanza a todos los trabajadores de la empresa, tanto los que se encuentran en activo, como los que se encuentran de baja médica en el momento de efectuarse la opción empresarial de cubrir dichas contingencias mediante Mutua, y ello en base a una jurisprudencia del Tribunal Supremo que parte de una gestión eficaz y generalizada de la Mutua en tales casos.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2002**, I.L. J 2901, uno de los supuestos de extinción de la incapacidad temporal es el alta médica del trabajador, con o sin declaración de invalidez permanente. Para el caso de que con posterioridad a ésta la Mutua resolviese proponer al INSS el reconocimiento de una indemnización a tanto alzado por presentar lesiones permanentes no invalidantes, no implica la prórroga de la incapacidad temporal tras ser dada de alta la trabajadora.

Según la **STSJ de Andalucía de 6 de septiembre de 2002**, I.L. J 2975, reconocida una incapacidad permanente a un trabajador, y con posterioridad encontrarse en situación de incapacidad temporal compatible con la primera, implica, para aquellos casos en que las prestaciones de incapacidad temporal sean superiores a las de incapacidad permanente total, el que deban descontarse, no la totalidad de las prestaciones, sino tan sólo el exceso de las mismas sobre la prestación de incapacidad permanente total, de modo que esa cantidad es la que está obligado a reintegrar el trabajador una vez apreciado el error.

Señala la **STSJ de Andalucía de 18 de septiembre de 2002**, I.L. J 2978, que al encontrarse la trabajadora en la fecha del hecho causante, en situación de alta en la Seguridad Social, y cubriendo la Mutua patronal, el riesgo de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, es la Mutua y no el INSS quien es la responsable del pago de la prestación, ya que no ha quedado acreditada responsabilidad alguna de la empresa por falta de pago o cotización en el momento del hecho causante.

Según la **STSJ de Cantabria de 20 de noviembre de 2002**, I.L. J 3130, corresponde a la empresa, en el caso de pago delegado de la incapacidad temporal, comprobar en primer lugar la corrección de los partes de baja y confirmación que entrega el trabajador. En el caso de autos el trabajador no reunía la carencia exigida normativamente para percibir la prestación por la contingencia de enfermedad común, y al respecto concluye la Sala que si el trabajador no hubiera cubierto en la empresa el período de cotización reglamentariamente exigido para tener derecho a esta prestación, podrá acreditarlo, bajo su responsabilidad, mediante una declaración en la que se haga constar el tiempo trabajado en otra empresa o empresas que complete el referido período.

Según la **STSJ del País Vasco de 26 de noviembre de 2002**, I.L. J 3178, la empresa puede reclamar, con apoyo en el artículo 1895 del Código Civil, aquellas cantidades abonadas en concepto de incapacidad temporal cuando el trabajador no permaneció en tal situación, ocultándose a la empresa, puesto que ello constituyó un perjuicio que ha de ser

reparado que es el percibo por el trabajador de cantidades pagadas por la empresa en el convencimiento de que aquél se hallaba en situación de incapacidad temporal, por lo que hubo un pago erróneo a cargo de la empresa y un cobro indebido a favor del trabajador.

12. MATERNIDAD

En la **STS de 9 de diciembre de 2002**, I.L. J 2597, la cuestión a resolver es cuál es el hecho causante que pone en marcha el art. 48.4 ET. La doctrina correcta mantiene el Tribunal es que la adopción constituida en el extranjero por adoptante español surte sus efectos cuando es reconocida en España, en este caso concreto cuando el Instituto Madrileño del Menor y de la Familia de la Comunidad de Madrid expide certificación de convivencia para la inscripción del menor en la cartilla de la Seguridad Social.

La **STS de 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2603, recordando la STS de 29 de abril de 2002 de la misma Sala mantiene que se considera cumplido el requisito de asimilación al alta en el período inmediato posterior a la baja en el RETA y se ha pronunciado por tanto a favor del reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad en estos supuestos.

En la **STS de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 2755, la cuestión litigiosa es si las trabajadoras que se encuentran en el primer año de la situación de excedencia por cuidado de hijo tienen derecho a la prestación de maternidad derivada del nacimiento posterior de otro hijo. La maternidad sobrevenida, resuelve la Sentencia, a quien se encuentra en el primer año de la situación de excedencia por cuidado de hijo debe ser considerada en principio como una situación protegida a efectos de la prestación de maternidad. El requisito de alta o asimilación al alta se cumple a los efectos de prestación por maternidad en este supuesto.

En la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 2769, la madre no estaba de alta en la Seguridad Social y el padre lo estaba en el RETA. El padre no podrá adquirir el derecho al subsidio si no lo tenía la madre, verdadera titular del subsidio y del descanso. Es requisito para que el padre pueda acceder a este subsidio que la madre sea titular del derecho y opte por pasárselo al padre y es requisito para que sea titular que esté en situación de alta o asimilada por aplicación del art. 124 de LGSS.

Según la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2002**, I.L. J 2773, el derecho al subsidio por maternidad que se confiere al padre, por opción de la madre, por aplicación del art. 48.4 ET y el art. 133 bis LGSS solamente puede nacer si se efectúa la opción al inicio del período de descanso. La madre debe hacer la opción al inicio del período de descanso, si no es así falta un requisito esencial para el nacimiento del derecho que es que la opción sea hecha en tiempo hábil.

Según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2002**, I.L. J 2906, el art. 133 bis LGSS considera situaciones protegidas el acogimiento tanto preadoptivo como permanente que en aplicación del art. 45.1.d) y 48.4 ET pueden suspender el contrato de trabajo. De los tres supuestos que el art. 173 bis CC distingue de acogimiento familiar preadoptivo sólo se consideran situaciones protegidas a efectos de prestación por maternidad el acogimiento familiar permanente y el acogimiento familiar preadoptivo.

Para la STSJ de Baleares de 15 de octubre de 2002, I.L. J 2910, el art. 135.2 LGSS y el art. 18 del RD 1251/2001, de 16 de noviembre, señalan claramente que el derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo.

En la STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de septiembre de 2002, I.L. J 2973, la cuestión se centra en si existió o no relación laboral. No existe ninguna prueba de connivencia entre el empresario y la trabajadora, a pesar de que aquél fuera tío político de ésta porque queda acreditado como hecho probado que la actividad laboral fue prestada por la trabajadora de forma efectiva y real.

En la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de julio de 2002, I.L. J 3068, se trata un supuesto de prestación de maternidad por adopción y no por acogimiento preadoptivo o permanente, situaciones claramente distintas y diferenciadas, sin perjuicio de que tanto en una como en otra son acreedoras de prestación por maternidad. Por aplicación del art. 48.4 ET y del art. 133 bis LGSS no es posible concluir que el perceptor pueda optar libremente en concretar la fecha del hecho causante de su prestación, esto es, pese a reclamar la prestación de maternidad por adopción fijar la fecha del hecho causante de la misma en la previa resolución del acogimiento, no siendo en este caso un acogimiento en sentido propio sino tan sólo de autorización para visitar a los menores antes de su adopción.

13. REGÍMENES ESPECIALES

Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

El Tribunal Supremo en la STS de 23 de diciembre de 2002, I.L. J 2648, reitera la doctrina ya unificada de que en caso de haberse concedido un aplazamiento de pago de las cotizaciones debidas, de que tal aplazamiento se haya concedido con anterioridad al hecho causante, y que el interesado venga cumpliendo puntualmente con los pagos aplazados, debe entenderse a todos los efectos que se halla al corriente de pago de sus cotizaciones, como comentábamos en el número anterior al hilo de la STS de 12 de julio de 2002, I.L. J 1974. La controversia ahora radicaba en las fechas, ya que constando un previo incumplimiento de un aplazamiento anteriormente solicitado, el último aplazamiento de pago le fue concedido al interesado con posterioridad a su solicitud de pensión pero antes de serle ésta reconocida; el Tribunal considera que la fecha relevante para evaluar el requisito de carencia es la del hecho causante en sentido técnico, y por consiguiente, al hallarse en tal momento con el aplazamiento concedido, deben añadirse a los días efectivamente cotizados todos aquellos que corresponden al los pagos aplazados; efectuado así el cálculo procede a reconocerle la pensión solicitada.

En la STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 3006, relativa a una solicitud de pensión por incapacidad permanente total, el único elemento discutido es si la persona interesada se hallaba o no en alta a los efectos de causar la prestación. El Tribunal autonómico, apoyándose en anteriores sentencias de unificación de doctrina, en especial

IX. Seguridad Social

la STS de 23 de noviembre de 2000, I.L. J 2404, confirma la pensión concedida en la instancia, ya que para los afiliados al RETA, al carecer del derecho a percibir prestaciones por desempleo, y –por consiguiente– no pudiendo haber agotado las mismas, la situación de asimilación al alta se produce en los noventa días posteriores a la baja en el régimen y en la posterior situación de desempleo involuntario.

Régimen Especial Agrario

La STS de 20 de diciembre de 2002, I.L. J 2661, reitera la doctrina ya establecida por el Tribunal Supremo en las SSTS de 24 de junio de 2001, I.L. J 276, y de 17 de junio de 2002, I.L. J 1432. En todas ellas se argumenta que el establecimiento de un sistema de cotización por jornadas “reales” en sustitución del anterior sistema por jornadas “teóricas” que se realizó inicialmente mediante el RD 1134/1979, de 4 de mayo, carecía de la suficiente cobertura legal, al no haberse establecido en la ley los elementos esenciales de tal nuevo sistema de cotización, por lo que el interesado demandante obtiene –por indebidas– la devolución de las cuotas pagadas hasta que tales elementos esenciales fueron establecidos en la Ley de Presupuestos.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

Según la STS de 18 de noviembre de 2002, I.L. J 2522, en los casos en los que el administrador de una sociedad es además socio con el 50 por ciento o más del capital de la misma, se realiza un trabajo por cuenta propia aunque la naturaleza de la relación con el ente societario sea mercantil. En dichos supuestos, en tanto que se perciba la prestación por desempleo mientras se encuentra en tal situación, realizando un trabajo por cuenta propia, ello da lugar a la incompatibilidad de dicha condición con la percepción de la prestación.

La STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2002, I.L. J 2807, considera adecuada la sanción consistente en la pérdida de la prestación por desempleo de aquella trabajadora que rechazó una oferta de empleo a jornada completa por considerarla incompatible con sus obligaciones como madre, sobre la base de que “la actora bien pudo aceptar la oferta de empleo y acordar con el empleador la reducción de jornada pertinente”.

En la STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2002, I.L. J 2955, se considera como causa justificativa para la no renovación de la tarjeta de demandante de empleo la situación de depresión que afectaba al beneficiario. Por otra parte, en la STSJ de Andalucía (Granada) de 17 de septiembre de 2002, I.L. J 2970, no se considera causa justificada para no renovar la demanda de empleo un informe médico en el que no se especifica qué enfermedad aqueja a la beneficiaria, sino que simplemente indica que debe guardar reposo.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La STS de 19 de noviembre de 2002, I.L. J 2480, atribuye la competencia al orden jurisdiccional social. Para dicha sentencia, la resolución administrativa impugnada no es un acto administrativo sujeto al Derecho Administrativo en materia laboral a efectos del art.

3.a) LPL, sino una resolución administrativa en materia de Seguridad Social, que sigue el régimen de atribución plena del art. 2.b) LPL, y que puede presentar aspectos sustantivos y formales en orden a su impugnación. En el ámbito de la Seguridad Social, todos los actos relativos a las actividades de encuadramiento y acción protectora corresponden de forma plena a la jurisdicción social. La atribución competencial no está limitada al contenido sustantivo de los actos, sino que se refiere de forma amplia a todos los litigios en materia de Seguridad Social, sin que sea aplicable aquí el criterio de los llamados “actos separables” que recoge el art. 2.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En esta misma línea, la **STS de 29 de noviembre de 2002**, I.L. J 2504, recuerda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido proclamando que el orden jurisdiccional social es competente para conocer y resolver sobre las impugnaciones del reconocimiento o calificación del grado de minusvalía, declarado por el Imserso o por el órgano competente de la Comunidad Autónoma de que se trate. Y ello aun cuando tal reconocimiento o calificación no tenga nada que ver con la obtención de una prestación no contributiva.

También la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de noviembre de 2002**, I.L. J 2691, recuerda la jurisprudencia en unificación de doctrina del Tribunal Supremo, según la cual la jurisdicción social es competente en aquellas cuestiones relativas al derecho a percibir las pensiones de invalidez permanente, sean contributivas o no contributivas, y esta competencia debe extenderse también a la determinación del grado de minusvalía. Y ello porque carecería de toda lógica que los tribunales laborales pudieran resolver sobre el reconocimiento de las pensiones que tuvieran por substrato una cierta deficiencia psíquica o funcional, y se impidiera examinar lo que constituye el presupuesto fáctico de aplicación de la norma, cual es la determinación del grado de minusvalía, lo que provocaría un efecto distorsionador por la separación de decisiones en dos órdenes jurisdiccionales diferentes. También se atribuye a la competencia del orden social el conocimiento de un supuesto de responsabilidad contractual a resultas de una enfermedad presuntamente contraída en el centro de trabajo, según la **STSJ de Valencia de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 2777.

Por el contrario, según la **STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 2002**, I.L. J 2579, el orden jurisdiccional social no es competente para dilucidar si un tercero, que no es empresario del trabajador que fallece en el accidente (y es una persona ajena a la relación laboral entre ambos), ha incurrido en responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo. Esta *cognitio*, respecto de si cabe o no exigir responsabilidad al tercero, entra dentro del conocimiento del orden jurisdiccional civil, que es el residual para conocer de todas las cuestiones no atribuidas en exclusividad a otro orden jurisdiccional.

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 incompatibilidad. 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) Compatibilidades e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva). a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e Incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad. b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección. E) Régimen de incompatibilidades.

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 13 a 16 del 2002 y 1 del 2003 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2464 a J 3178 y 1 a 174).

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

En la STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2002, I.L. J 2530, el Tribunal desestima la petición de la prestación por desempleo por entender que el hecho de que el demandante suscribiera la mitad del capital social de la empresa y fuera elegido administrador solidario determina que los caracteres configuradores de la condición de administrador solidario y los perfiles que delimitan el nexo jurídico que los une con la compañía, hacen incompatible su relación profesional con los fines y objetivos, e, incluso, con la propia razón de ser de la prestación de desempleo.

En este caso concreto, no se dan las notas de dependencia y de ajenidad, debido al cargo de administrador ostentado y a la participación económica del actor en la sociedad, siendo la misma inicialmente de la mitad del capital social para posteriormente alcanzar tal cifra en unión con las participaciones de una hija y de su cónyuge.

Por tanto, y como se desprende de los arts. 203 y 205 LGSS la contingencia de desempleo sólo alcanza a quienes reúnan todas las notas configuradoras de la relación jurídica de trabajo y pierdan involuntariamente su empleo.

Por otro lado, el TS en Sentencia de 8 de octubre de 2002, I.L. J 2529, sí estima la prestación por desempleo y entiende la plena compatibilidad entre la condición de socio y la de trabajador al servicio de la sociedad, asimismo, entiende que el régimen de gananciales no afecta a la dependencia en el marco de la relación laboral.

En este caso, la participación de la demandante en la sociedad es ínfima y sumada a la de su esposo (consejero delegado de la sociedad) tampoco llega a ser mayoritaria. Tampoco incide el régimen de gananciales que regía en el matrimonio porque éste no afecta a la dependencia en el marco de la relación laboral. Por tanto, queda destruida cualquier presunción de no laboralidad y procede estimar el derecho a la prestación por desempleo de la actora. En la STS de 18 de noviembre de 2002, I.L. J 2522, podemos ver cómo en este caso se considera indebida la percepción del subsidio por desempleo, pues éste se recibió mientras se ejercía como administrador de una sociedad limitada en la que se tenía el 50 por ciento del capital social, aunque la relación con el ente societario era de carácter mercantil.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

En la STSJ de País Vasco de 7 de noviembre de 2002, I.L. J 3164; el recurrente impugna la sentencia de instancia alegando la infracción de los arts. 205 y 208 LGSS y el art. 1.3.a) ET, entendiendo que la presunción que el mismo contiene es una presunción *iuris tantum*, por lo que puede ser destruida mediante prueba de que el pariente lleva a cabo realmente una verdadera prestación de servicios debidamente retribuida.

En este caso el demandante había prestado servicios para su cónyuge durante nueve años; el INEM no ha negado estos extremos en ningún momento, sino que ha aceptado siempre la real prestación de servicios y retribución a la actora, que si bien no constan ingresos bancarios del salario lo que no es obligación legal, lo cierto es que se han realizado retenciones a cuenta del IRPF y las declaraciones correspondientes a tal impuesto por la actora; que la existencia de vínculo matrimonial entre la trabajadora y el empleador no impide la existencia de una relación laboral y el correspondiente derecho al percibo de las prestaciones por desempleo.

El art. 1.3.a) ET excluye del ámbito de la relación laboral los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo, considerando familiares, siempre que convivan con el empresario, al cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, y, en su caso, por adopción.

La actora ha estado contratada por su esposo, con quien convive, de manera que entra en juego la presunción *iuris tantum* de la no laboralidad de la relación, sin embargo, el recurso se estima, dado que, aunque se da la condición de familiar en el grado contemplado en la norma, la Sala entiende que sí se acredita la condición de asalariada de la demandante, considerando determinante la declaración puntual del IRPF por parte de la actora durante varios años.

c) Contenido y modalidades de la prestación

Como es sabido, la prestación por desempleo parcial tiene por objeto paliar los efectos de la contingencia de desempleo en su incidencia salarial, por esta razón el art. 203.3 LGSS no considera situación de desempleo parcial la reducción de la jornada que no conlleve reducción también del salario en cuantía análoga, por lo que prima la merma salarial y no la de la jornada de trabajo.

Por esta razón, en el recurso planteado ante el TSJ de Aragón, en la Sentencia de 4 de noviembre de 2002, I.L. J 2505, éste resuelve a favor del INEM y de la empresa, pues estamos ante un caso en el que aunque los actores han venido simultaneando una prestación por desempleo del 45 por ciento de la jornada no trabajada con la realización del trabajo del 55 por ciento, en realidad ha quedado acreditado que los actores han percibido el 65 por ciento de su salario, por esta razón el INEM entiende que los actores deben devolver las cantidades indebidamente percibidas que exceden del 35 por ciento de la jornada no trabajada, pues aunque la jornada se ha visto reducida en un 45 por ciento, el salario lo ha sido en un 35 por ciento.

En el mismo sentido, se pronuncia la STSJ de Aragón de 8 de noviembre de 2002, I.L. J 2506.

d) Cuantía y dinámica de la acción protectora

La STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2002, I.L. J 2807, resuelve un caso en el que se sanciona a la demandante con la pérdida de las prestaciones de desempleo por haber rechazado una oferta de empleo a jornada completa, al considerarla incompatible con sus obligaciones como madre de dos niños, uno de 12 años y otro de 2 años.

El Tribunal Supremo ya tuvo ocasión de pronunciarse en un caso similar en la Sentencia de 8 de febrero de 1995 entendiéndose que la protección por desempleo no solamente exige la voluntad de querer trabajar sino la disponibilidad a tal efecto, lo que excluye que circunstancias normales personales o familiares puedan esgrimirse como causa de rechazo de trabajo adecuado, ya que el objeto de la protección es una situación de necesidad y voluntad de realizar una actividad laboral que se ve truncada en la realidad.

Según el TSJ lo adecuado hubiera sido que la demandante hubiera aceptado el empleo y posteriormente hubiese acordado una reducción de jornada con el empleador.

El TSJ del País Vasco, en Sentencia de 1 de octubre de 2002, I.L. J 2955, se pronuncia acerca de la adecuación o no de la suspensión de la prestación por desempleo durante un mes por no renovar la tarjeta de demandante de empleo. El Tribunal entiende que es necesario valorar los hechos que han dado lugar a la no renovación para concluir si existe o no causa justificada. En este caso concreto, la demandante se encontraba bajo una situación depresiva a causa de la situación familiar que atravesaba y que desembocó en la muerte de su padre. El Tribunal entiende que estos motivos explican suficientemente el olvido que tuvo. Según el Tribunal “no se trata de que no pudiera haber ido, sino de determinar si fue razonable que no fuera, a lo que únicamente cabe dar una respuesta afirmativa, en la medida en que resulta normal que en una situación como la suya, no recordara que tenía que acudir a renovar la tarjeta, ya que se trata de una obligación de cumplimiento puntual pero dilatada en el tiempo y que por tanto resulta proclive al olvido”.

Curiosamente el TSJ de Justicia de Andalucía (Granada), en Sentencia de 17 de septiembre de 2002, I.L. J 2970, aplicó un criterio mucho más restrictivo a un caso similar, en esta ocasión la no renovación de la demanda de empleo obedecía a una enfermedad de la demandante en la que el médico le aconseja reposo. El Tribunal entiende, en este caso, que no existe causa justificada para no cumplir con su obligación, pues no se halla impedida realmente para llevar a cabo la actuación por cuya omisión ha sido sancionada.

e) Supuestos especiales

El Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de marzo de 2003 estableció que: “cuando el trabajador que se encuentra en situación de excedencia, tanto laboral como administrativa, desempeña en tal situación un nuevo trabajo y luego cesa en él contra su voluntad,

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

si no ha transcurrido todavía el plazo inicial de la excedencia que le impide solicitar la reincorporación al primer trabajo, en el que ésta le fue concedida, no existe, por tal causa, obstáculo alguno que le impida estar comprendido en la situación legal de desempleo. Incluso si ese plazo ha transcurrido ya, tampoco existirá ningún impedimento para considerarlo incluido en la situación legal de desempleo en aquellos casos en los que el interesado acredita que formuló en tiempo oportuno la solicitud de reingreso, pero tal solicitud no ha sido atendida por la correspondiente empresa u Organismo público”.

Pues bien, ésta es la doctrina seguida por la **STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2002**, I.L. J 2525, para entender que debe estimarse la prestación por desempleo al actor, pues éste solicitó la excedencia voluntaria para la prestación de servicios en otra empresa y una vez finalizada dicha prestación solicita la incorporación a su anterior puesto, la cual le es denegada por encontrarse la plaza en proceso de concurso público. Según el Tribunal concurre una voluntad de trabajar y, por tanto, el demandante tiene derecho a la prestación por desempleo en la cuantía, duración y efectos establecidos normativamente.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b) Beneficiarios

b’) Subsidio de prejubilación

De nuevo aparece el tema de la necesidad o no de que la inscripción sea ininterrumpida; en este caso, la **STSJ de Cataluña de 10 de septiembre de 2002**, I.L. J 3019, considera acertado que el INEM exija que la inscripción sea ininterrumpida, interpretando así, de modo estricto, una norma reglamentaria [el art. 7.3.b) RD 625/1985, de 2 de abril], que excede la previsión del artículo 215.1 LGSS.

En el caso concreto, el actora no había cumplido con el presupuesto de permanecer inscrito con un mes de antelación a la fecha en que formuló la solicitud. Sin embargo, entiende que ello no puede derivar en la denegación del derecho, sino únicamente en la dinámica de su nacimiento y, por tanto, el derecho a percibir el subsidio nacerá a partir del día siguiente a aquel en el que se cumpla el plazo de espera de un mes, siempre que durante el mismo se haya mantenido la inscripción, no se haya rechazado oferta adecuada de empleo ni se hubiera negado a participar el solicitante en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales sin justa causa.

d’) Otros subsidios especiales

La actora fue condenada a una pena de ocho meses de prisión por un delito de atentado, concurriendo la circunstancia muy cualificada de drogadicción.

Se decretó la suspensión de la pena privativa de libertad impuesta, por un período de tres años, condicionándose al no abandono del tratamiento terapéutico de desintoxicación y rehabilitación que la actora viene realizando.

Solicitado el subsidio por desempleo se le deniega con base en la no aportación de la resolución judicial de remisión de la pena.

El INEM interpone recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que estima el derecho de la actora a percibir el subsidio por desempleo alegando que la demandante no cumple el requisito de remisión de la pena puesto que únicamente la tiene suspendida y el art. 87 del Código Penal exige de forma clara que el penado haya visto remitida su pena, lo cual tiene lugar una vez transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido y acreditada la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo.

La cuestión se centra en la interpretación que debe hacerse del art. 215.1.1.d), párrafo segundo, de la LGSS, tras la modificación operada por la Ley 36/1999, de 18 de octubre, sobre concesión del subsidio de desempleo y de garantías de integración socio-laboral para los delincuentes toxicómanos que hayan visto suspendida la ejecución de su pena.

El juez de instancia indica que la finalidad del precepto es la reinserción social y personal del toxicómano, momento en el cual necesita el subsidio por desempleo; ya que si tuviera que esperar tres años para tener acceso al mismo se desvirtuaría la finalidad integradora de la norma, y entiende, por tanto, que el término remisión empleado en el precepto debatido no equivale a remisión definitiva de la pena sino a la suspensión de su ejecución.

F) Gestión, financiación y pago

El caso resuelto por la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de julio de 2002**, I.L. J 3069, resuelve un supuesto en el que se produce un defecto de falta de cotización, el cual provoca el reconocimiento de las prestaciones por desempleo, a los actores, por un período inferior al que les hubiera correspondido.

En concreto, los actores, profesores de un centro público de enseñanza primaria solicitaron prestaciones por desempleo, al cesar en sus respectivas relaciones laborales. El INEM les reconoció determinado período de prestaciones, inferior al que les hubiera correspondido, ante la falta de cotización por parte del Ministerio de Educación y Cultura.

Se discute si tal responsabilidad en el pago de las prestaciones derivadas de la falta de alta en la Seguridad Social debe asumirla el Ministerio de Educación que fue quien incumplió la obligación en materia de afiliación y alta de los trabajadores en fecha anterior al traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma; o si, como sostiene el Ministerio recurrente, tal obligación compete a la Comunidad Autónoma en virtud del Real Decreto que acuerda dicho traspaso de funciones.

“Ante el silencio del Real Decreto procede aplicar analógicamente lo previsto en el artículo 44 ET, dada la condición de trabajadores de los demandantes, y en materia de responsabilidad en orden a las prestaciones de Seguridad Social, el artículo 126.2 en relación con el 127.2, ambos de la LGSS; esto es, si existe una responsabilidad solidaria del Ministerio que

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cede las competencias y de la Comunidad Autónoma que las recibe, que garantizan, que, en todo caso, los trabajadores percibirán las prestaciones que les corresponde, sin perjuicio del principio de automaticidad que rige en materia de Seguridad Social que obliga al INEM al abono íntegro de las prestaciones reconocidas, sin que posteriormente repita contra las entidades responsables.”

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Cómputo recíproco de cotizaciones

Dentro del sistema de Seguridad Social, y ante la existencia de diversos regímenes en el mismo, se ha establecido como principio general el cómputo recíproco de las cotizaciones efectuadas en cada uno de dichos regímenes a fin de reunir los requisitos exigidos para causar derecho a las prestaciones correspondientes. De esta forma, en el supuesto al que se refiere la **Sentencia del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de 10 de febrero de 2003**, I.L. J 172, se tendrán en cuenta tanto las cotizaciones efectuadas en el Régimen Especial de la Minería del Carbón como las efectuadas en el Régimen General. No obstante, es distinto el supuesto de trabajadores que cotizaron en un régimen y luego en otro de forma sucesiva, causando derecho a la pensión en este último, de aquellos supuestos en los que el trabajador se encuentre comprendido simultáneamente en el campo de aplicación de dos regímenes distintos. La citada Sentencia considera que, al reconocerle al trabajador la situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad profesional en el Régimen Especial de la Minería del Carbón y habiendo solicitado pensión de jubilación en el Régimen General, se trata de un supuesto de trabajador comprendido simultáneamente en estos dos regímenes, de forma que le será de aplicación lo establecido en el apartado 6 del art. 21 de la Orden de 3 de abril de 1973 para aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero. En consecuencia:

“únicamente puede tenerse en cuenta los períodos trabajados en minería, que han dado lugar a su inclusión en el Régimen Especial de la Minería del Carbón, a efectos de aplicar los coeficientes reductores para tener derecho a acceder a la jubilación (...), pero sin que puedan tenerse en consideración las cotizaciones efectuadas en el citado Régimen Especial, a efectos de determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación.”

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

– Infracotización empresarial

La cuantía de las pensiones se determina en función de las bases por las que se haya efectuado la cotización durante los períodos que se señalen, de tal forma que cuando el

empresario cotiza por una base inferior a la que corresponde al trabajador se produce un supuesto de infracotización empresarial que determinará la responsabilidad del empresario infractor. A esta situación se refiere la **Sentencia del TSJ de Aragón de 7 de octubre de 2002**, I.L. J 2868, en relación con la identificación de la relación laboral que une al agente vendedor de cupones con la ONCE.

La citada Sentencia recuerda que es a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2000 y 21 de marzo de 2001 y del XI Convenio Colectivo de la ONCE y su personal, cuando se ha declarado que el agente vendedor es un trabajador por cuenta ajena de régimen laboral común, en tanto que con anterioridad se había configurado como relación especial de representantes de comercio. De tal forma que las normas reglamentarias sobre cotización habían sido acordes con el carácter de relación laboral especial declarado en los convenios colectivos y en la jurisprudencia anterior al año 2000, lo que excluye que la empresa incurriera en el defecto de infracotización que se le imputa en la demanda. De esta forma, la sentencia declara expresamente que no hay supuesto de responsabilidad empresarial por infracotización cuando la empresa estuvo abonando las cotizaciones de conformidad con lo dispuesto en las normas reglamentarias vigentes. En consecuencia, “inexistente la infracotización, la aplicación retroactiva de nuevas normas de cotización, acordes también ahora a la nueva normativa sobre el carácter común y no especial de la relación laboral de los vendedores, supondría olvidar el espíritu y la letra de la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, según la cual es la regulación vigente a su tiempo la aplicable a derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen”.

– Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en diversos países

La determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en España y en otros países miembros de la Unión Europea ha venido planteando diversas cuestiones problemáticas respecto al cálculo de la pensión correspondiente al sistema español de Seguridad Social. Como ya se ha indicado en crónicas anteriores, la existencia de cotizaciones efectuadas en diversos países miembros de la Unión Europea determina la aplicación del art. 46 del Reglamento (CEE) 1408/1971 que impone el principio de totalización de las cotizaciones, de tal forma que “debe procederse a calcular la pensión como si todos los períodos de seguro y de residencia hubieran sido cubiertos en el Estado miembro donde radique la institución de que se trate y bajo la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación. El pago de esta prestación “teórica” se distribuirá según un sistema de proporcionalidad (factor “prorrata temporis”), que se establece “a prorrata” de la duración de los períodos de seguro o de residencia cubiertos antes de producirse el hecho causante bajo las legislaciones de todos los Estados miembros afectados. Pero la propia norma trata de armonizar este principio de totalización con otro principio que evite que la compatibilidad entre pensiones de la misma naturaleza con cargo con entidades estatales distintas, conduzca al percibo de pensiones muy superiores a aquellas que se hubieran causado de no haberse producido el fenómeno migratorio.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Realmente, en estos casos la cuestión más problemática viene siendo el cálculo de la base reguladora, habiendo adoptado los Tribunales soluciones contradictorias y habiendo establecido el Tribunal Supremo una jurisprudencia, en unificación de doctrina, que, sin embargo, ha dado lugar a votos particulares (véase la crónica jurisprudencial realizada respecto a esta cuestión en los anteriores números de esta revista) y a una Sentencia del Tribunal Europeo, como consecuencia de una cuestión prejudicial que le fue planteada de 17 de diciembre de 1998 y que llevó al Tribunal Supremo a modificar su doctrina, en Sentencia de 10 de marzo de 1999. La **Sentencia del TSJ de Asturias de 18 de octubre de 2002**, I.L. J 2872, recuerda, en el ámbito de esta cuestión, que, en base al Reglamento 1248/1992, anexo VI, apartado D), el cálculo de la prestación teórica española se efectuará sobre las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española y que la cuantía de la pensión así obtenida se incrementará con arreglo al importe de los aumentos y revalorizaciones calculadas para cada año posterior y hasta el año anterior al hecho causante, para las pensiones de la misma naturaleza, en virtud de la modificación del Reglamento CEE 1408/1971, introducida por el Reglamento 1248/1992. No obstante, es posible aplicar un Convenio bilateral de Seguridad Social suscrito entre España y el país de que se trate, si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado, como establece la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2621, que aplica, por ser más beneficioso para el trabajador, el Convenio bilateral entre España y los Países Bajos.

Por otro lado, se plantea otra cuestión controvertida como es la de interpretar si a efectos de determinar el porcentaje de pensión que corresponde abonar a la Seguridad Social española, ha de tomarse en consideración tan sólo los períodos realmente cotizados por el trabajador, o si por el contrario procederá computar también algunos períodos no cotizados, pero a los que la legislación española les atribuye tal condición, como es la cotización por edad establecida en la Disposición Transitoria 2ª.3 de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967. Al efecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo considera que las cotizaciones reconocidas por la aplicación de la escala de abono de años de cotización por edad a 1 de agosto de 1970 son cotizaciones asimiladas a las efectivamente realizadas para un determinado período de carencia de seguro de un trabajador, por lo que deben ser computadas a los efectos del cálculo de la prestación española, conforme a las reglas del art. 46.2 del Reglamento 1408/1971. Doctrina reiterada en la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 13 de noviembre de 2002**, I.L. J 2472.

Otra cuestión, además, es la de si estas “cotizaciones ficticias”, una vez incluidas en el cómputo a efectos de calcular la pensión efectiva, han de ser, asimismo, tenidas en cuenta para establecer el porcentaje concreto de la pensión que corresponde abonar a cargo de la Entidad gestora española. Sobre esta cuestión se pronuncian la **Sentencia del Tribunal Supremo, u.d., de 13 de noviembre de 2002**, I.L. J 2472, y la **Sentencia del TSJ de Andalucía (Granada) de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 2969, considerando esta última que:

“tales cotizaciones ficticias son válidas para calcular el porcentaje de la pensión de jubilación en aplicación de las referida D.T. 2ª de la Orden de 18/1/1967, lo que nos lleva a la

equiparación a estos efectos de los períodos realmente cubiertos con los asimilados, pues no existe razón para, admitida e indiscutida la inclusión de las referidas cotizaciones ficticias para calcular la cuantía de la pensión, no deban también ser tenidas en cuenta a todos los demás efectos.”

b') Cuantía de la prestación

– Complemento por mínimos

Respecto a la procedencia o no del complemento por mínimos, establece la **Sentencia del TSJ de Valencia de 27 de marzo de 2002**, I.L. J 2787, que existe incompatibilidad del complemento por mínimos con la percepción por el pensionista de cualquier renta de capital o trabajo o cualquier otro ingreso sustitutivo de aquellas que supere la cuantía de la pensión mínima establecida anualmente. Sin embargo, establece la citada Sentencia que las rentas debatidas en el caso en concreto proceden de una transformación del patrimonio en dinero, con un posible incremento patrimonial o plusvalía que no puede ser conceptualizado como renta (venta de una finca de producción naranjera propiedad del actor y de su esposa que poseían hacía más de 15 años). Aplicando la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, la sentencia considera que esa operación no es equiparable a una renta que mejore o eleve los ingresos mensuales del beneficiario:

“Desde el punto de vista del derecho privado, un elemento patrimonial ha sido sustituido por otro. Trasladando el acontecimiento al plano de la protección asistencial, lo único relevante, en relación con tales elementos patrimoniales, serían los ingresos periódicos que los mismos proporcionarían al interesado ya que tales ingresos sí serían de cómputo y podrían neutralizar, en su caso, la asistencia subsidiaria. (...), por ello su transformación en dinero, mediante una compraventa, ninguna consecuencia sensible puede tener, desde el punto de vista de la protección en estudio, pues el beneficiario se limita a ser titular de un bien o cosa diferente: antes un inmueble, ahora una cantidad de dinero”.

c) Dinámica de la protección

– Responsabilidad respecto de la diferencia de pensión

Al siempre difícil tema de la responsabilidad por falta de cotización se refiere la **Sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León (Valladolid) de 14 de enero de 2003**, I.L. J 129, en este caso en un supuesto de transferencias del Estado a las Comunidades Autónomas, estableciendo que: “debe distinguirse entre obligaciones y responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones, de tal modo que siendo transferibles las primeras no lo son las segundas, al menos cuando las primeras de las que traen causa estas últimas ya no se pueden cumplir por el sucesor, quien por el mero hecho de la subrogación no debe quedar gravado con tal carga si, al menos, no se estableciese una precisión concreta al respecto y por vía de alguna compensación igualmente específica”. Consecuencia de ello es la responsabilidad del Estado (del Ministerio

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de Educación y Ciencia) y no de la Comunidad Autónoma por la falta de cotización y la determinación de la correcta base reguladora para el cálculo de la pensión, sin perjuicio de la obligación de anticipo por la Entidad Gestora de la totalidad de la prestación.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones y bajas incentivadas

La LGSS ha establecido la aplicación de unos determinados porcentajes de reducción de la cuantía de la pensión de jubilación cuando ésta se produce anticipadamente. Dentro de estos mecanismos, para aplicar el porcentaje privilegiado del 7 por ciento en lugar del 8 por ciento, por cada año o fracción de año que al interesado le falte para alcanzar los 65 años en el momento del hecho causante de la prestación de jubilación, es preciso la concurrencia de dos requisitos: que se acrediten 40 años o más de cotización, y que la baja en el trabajo no sea voluntaria. Pues bien, en relación a ello, se plantea la naturaleza del contrato de prejubilación firmado por el trabajador con la empresa (Telefónica, en este caso). Al respecto, considera la **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2002**, I.L. J 2490, que el contrato de prejubilación no representa despido colectivo ex art. 51 del ET, al no tratarse de una extinción de contratos de trabajo que imponga la empresa con carácter obligatorio. Por el contrario, el cese en la empresa ha de considerarse que fue por causa imputable a la libre voluntad del trabajador, tratándose de un contrato suscrito entre el trabajador y la empresa que ha desplegado todos sus efectos jurídicos entre los firmantes obteniendo cada uno un beneficio, en concreto para el actor, una compensación económica, pagándosele un Convenio Especial, aportación de la empresa al fondo de pensiones. Señala así la Sentencia que:

“La suscripción de este contrato de prejubilación es una garantía de empleo en el Convenio colectivo y fruto de la negociación colectiva y cuyo texto literal no excluye en forma alguna la voluntariedad de su firma, aun cuando su decisión estuviera condicionada por las circunstancias de edad y las difíciles perspectivas laborales restantes, lo que no es sinónimo de vicio de voluntad.”

En el mismo sentido se pronuncian las **Sentencias del Tribunal Supremo de 9 y 10 de diciembre de 2002**, I.L. J 2596, y J 2598; **22 de enero de 2003**, I.L. J 15; **17 de febrero de 2003**, I.L. J 33; **4 de febrero de 2003**, I.L. J 44; **6 de febrero de 2003**, I.L. J 46; **Sentencia del TSJ de Navarra de 31 de enero de 2003**, I.L. J 144.

f) Jubilación complementaria

– Mejoras voluntarias de la Seguridad Social

La **Sentencia del TSJ de Andalucía (Málaga) de 12 de septiembre de 2002**, I.L. J 2976, declara, en el caso de un complemento de pensión de jubilación pactado como mejora voluntaria dentro de planes de prejubilación acordados en el marco de un expediente de regulación de empleo, que debe estarse al contenido de los Acuerdos. De esa forma, se debe atender a la base reguladora actual, es decir, la que le correspondía en la fecha de

acogerse a la prejubilación y causar baja, y que fue calculada por la empresa en dicho momento con arreglo a los criterios pactados siendo elemento determinante de la decisión del actor, y no a la base reguladora de la pensión de jubilación reconocidas por el INSS cuando el actor alcanzó la edad necesaria.

– Planes de Pensiones

La posibilidad de adhesión o no de unos trabajadores a un Plan de Pensiones es el tema analizado en la **Sentencia del TSJ de Extremadura de 2 de octubre de 2002**, I.L. J 2930. La cuestión planteada es interesante, al tratarse de unos trabajadores del Ayuntamiento de Cáceres que, al cesar éste en la prestación del servicio del abastecimiento de agua y asumirlo la empresa Canal de Isabel II, pasaron a ser empleados de ésta; producida la subrogación contractual, no obstante su relación laboral se somete al convenio colectivo del personal del Ayuntamiento de Cáceres, en tanto las partes no suscriban nuevo convenio; teniendo, además, reconocido el derecho a reintegrarse nuevamente en la plantilla de la Corporación una vez que se extinga la concesión. La cuestión planteada es el derecho de estos trabajadores a adherirse al Plan de Pensiones del Canal de Isabel II. La Sentencia establece que las aportaciones de la empresa al Plan tienen naturaleza retributiva, constituyendo rendimientos de trabajo personal a los efectos fiscales, por lo que vendría a resultar que los trabajadores accionantes se verían mejorados con respecto al resto de los trabajadores de la demandada, pues la empresa viene ya obligada a asegurar las contingencias de muerte, invalidez permanente total, absoluta y gran invalidez, así como el derecho a que se les reconozca un premio de jubilación, a lo que habría que añadir las aportaciones a efectuar como promotor del plan de pensiones, que constituyen retribuciones en especie en forma de aportación al plan, lo que contravendría lo dispuesto en el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Cáceres. Pero, además, en cuanto al origen del cuestionado Plan de pensiones, establece la Sentencia que el origen y desarrollo de dicho Plan deriva y es dependiente de la propia evolución de los Convenios Colectivos del Canal de Isabel II, que no son de aplicación a los actores, lo que implica la no aplicación del Plan a los trabajadores accionantes, con independencia de los acuerdos a los que se pueda llevar por vía de negociación colectiva.

Sobre el derecho a la transferencia o movilización del fondo o dotación constituido para la cobertura de las contingencias cubiertas por el sistema de previsión complementaria, se pronuncia la **Sentencia del TSJ de Baleares de 21 de octubre de 2002**, I.L. J 2911, estableciendo que el personal partícipe del Régimen de Previsión de “La Caixa” puede movilizar los derechos consolidados que tenga en el mismo, aunque se trate en realidad de un “fondo interno”; es decir, que el personal laboral que perteneció al citado Régimen de Previsión conserva derechos consolidados en el fondo y está facultado para transferirlos a otro plan de pensiones en la hipótesis de cesación de la relación laboral con el promotor del plan del sistema de empleo. Por otro lado, en relación con el documento de saldo y finiquito que el actor suscribió al extinguirse su relación laboral con la entidad crediticia y en el que se comprometía a no pedir ni reclamar nada más de ella, la Sentencia señala que los derechos que confieren a los trabajadores las mejoras voluntarias de la Seguridad

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Social son, por de pronto, de renunciabilidad dudosa, según se deduce de los arts. 3 y 192 de la LGSS; pero, en cualquier caso, la renuncia, para que se tenga por hecha, ha de ser clara, inequívoca y terminante, sin que sea lícito deducirla de palabras de dudosa interpretación ni de párrafos fragmentarios de un documento. A este mismo supuesto se refiere también la **Sentencia del TSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2002**, I.L. J 2841.

– Prestaciones complementarias a cargo de Mutualidades de Previsión Social

Recuerda la **Sentencia del TSJ de Madrid de 3 de octubre de 2002**, I.L. J 2943, que la acción que pretende revisar los parámetros que se tuvieron en cuenta para la determinación de la pensión por el Montepío de Previsión Social es imprescriptible, al igual que tampoco prescribe la pensión de jubilación. En cuanto al plazo de prescripción aplicable respecto de las cantidades concretamente reclamadas, señala la sentencia que “estamos ante una prestación complementaria de la Seguridad Social en la que como regla general rige, el principio general de que hay que estar a la fecha del hecho causante para el nacimiento de la prestación, entendiendo como prestación causada aquella a la que tenga derecho el beneficiario por haberse producido la contingencia o situación objeto de protección en la fecha del hecho causante, existiendo, por tanto, en principio, una prohibición de menoscabo o reducción de los derechos adquiridos, debiendo aplicarse el principio probeneficiario en los casos dudosos (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 2000), y no existiendo en la reglamentación específica norma prescriptiva expresa que limite o minore el plazo general establecido en la LGSS, en orden a la retroacción de los efectos económicos inherentes a la revisión de las pensiones complementarias de jubilación ya conocidas, deberá aplicarse dicho plazo de 5 años preceptuado en el art. 43 de dicho texto legal.

g) Compatibilidad e incompatibilidad

En base a una “interpretación lógica y atemperada a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicado lo dispuesto en la Orden de 18 de enero de 1967”, establece la **Sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 2002**, I.L. J 2568, que si el actor en el período objeto de reclamación ha estado prestando servicios en virtud de un contrato de trabajo a tiempo parcial de dos días a la semana (...), la incompatibilidad de la pensión de jubilación que tenía reconocida sólo se produce respecto de tales días, no por la totalidad del período y sólo debe devolver la pensión de jubilación coincidente con dichos días.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

b) Incapacidad permanente parcial

Respecto a este concreto grado de invalidez, son varias las sentencias que refieren al mismo en los números de I.L. J reseñados en esta crónica. De interés resulta la STSJ de

Galicia de 28 de noviembre de 2002, I.L. J 3044, por resumir los caracteres de este grado de invalidez según reiterada jurisprudencia, señalando que es incapacitante la lesión que sin impedir al accidentado los quehaceres de su oficio, implica un menor rendimiento cuantitativo o cualitativo o mayor penosidad o peligrosidad, consideraciones de cuya aplicación se deriva la confirmación de la sentencia de instancia que reconoció la incapacidad permanente parcial del actor, de profesión peón talador. Por su parte, la **STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2002**, I.L. J 3045, reitera la misma argumentación para estimar la incapacidad permanente parcial de la actora, de profesión empacadora de fábrica de conservas. Estimatoria de dicho grado de incapacidad es, igualmente, la **STSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2002**, I.L. J 2572, al enjuiciar las dolencias del actor, peón de laboratorio farmacéutico.

Desestimatorias, en cambio, son la **STSJ de Murcia de 25 de noviembre de 2002**, I.L. J 2518, respecto a las dolencias y secuelas del actor, médico general APD de profesión, por entender que las mismas no acreditan la limitación exigida legalmente; también desestimatoria es la **STSJ de Cantabria de 13 de noviembre de 2002**, I.L. J 3125, en que el tribunal considera que las dolencias del actor, hipoacusia neurosensorial bilateral severa, no están acreditadas como derivadas de enfermedad profesional.

c) Incapacidad permanente total

De interés resulta la **STS (Sala 4ª) de 9 de diciembre de 2002**, I.L. J 2594, que reitera la constante doctrina de la Sala de que haya de entenderse por profesión habitual, señalando que, a efectos de la declaración de invalidez, por tal ha de entenderse la ejercida prolongadamente y no la residual a cuyo ejercicio ha podido haber conducido la situación invalidante; esto es, la desarrollada a lo largo de la vida activa, aunque en un último estado, breve por sí mismo y más si se contrapone al muy prolongado anterior, se haya accedido a otra más liviana.

Como es de esperar, en el período acotado en esta crónica, volvemos a encontrar una acabada muestra del casuismo a atender respecto a las situaciones eventualmente susceptibles de ser declaradas constitutivas de incapacidad permanente total.

Así, estimatorias de la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para incluir concretos estados patológicos en la situación contemplada en el art. 137.4 LGSS, son: la **STSJ de Cataluña de 25 de noviembre de 2002**, I.L. J 2569, al valorar el cuadro clínico de la actora, de profesión dependiente conductora, declaración del grado de incapacidad permanente total que la sentencia reseñada realiza toda vez que la situación intermedia declarada en la sentencia de instancia es contraria al art. 136 LGSS; igualmente estimatoria de que el actor, carpintero forjador, está afecto de incapacidad permanente total es la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2002**, I.L. J 2904; la **STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2002**, I.L. J 2888, referida a las dolencias de un metalúrgico; también la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de noviembre de 2002**, I.L. J 3004, referida a las dolencias, cardiopatía isquémica con infarto de miocardio inferior,

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

con angioplastia, entendiendo el tribunal, en contra de la sentencia de instancia, que el actor está limitado para el desempeño de las tareas fundamentales de su profesión habitual; la **STSJ de Galicia de 23 de septiembre de 2002**, I.L. J 3034, valorando la patología de la demandante, labradora por cuenta propia; la **STSJ de Galicia de 28 de noviembre de 2002**, I.L. J 3043, que considera las dolencias de un engrasador en gasolinera; la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de octubre de 2002**, I.L. J 3090, que estima la concurrencia de este concreto grado, y no el de incapacidad permanente absoluta, en el actor, de profesión conductor de autobús escolar.

Por el contrario, es desestimatoria de la declaración de incapacidad permanente total la **STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 2002**, I.L. J 3155, que entiende que el cuadro clínico del actor, de profesión auxiliar de mantenimiento, no le hace acreedor de la declaración de incapacidad permanente total.

d') Incapacidad permanente absoluta

Por lo que hace a este concreto grado, en los números de I.L. J reseñados en esta crónica, la **STSJ de Aragón de 20 de noviembre de 2002**, I.L. J 2509, estima la concurrencia de tal grado en la actora, de profesión peón de cooperativa, que no reúne la denominada carencia corta, por lo que no tenía derecho, por insuficiencia carencial, a la prestación por incapacidad temporal, declarando la sentencia reseñada que la situación referida –incapacidad temporal– existe tanto si se tiene derecho al subsidio como si se carece de él. Estimatoria de la declaración de incapacidad permanente absoluta del actor es, también, la **STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2002**, I.L. J 3035, evaluando las dolencias que le aquejan.

Desestimatorias de la concurrencia de los requisitos para ser declarado afecto a la situación de incapacidad permanente absoluta son la **STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 2885, al evaluar las dolencias del actor, peón de profesión; la **STSJ de Galicia de 23 de septiembre de 2002**, I.L. J 3033, que entiende que la actora no tiene unos padecimientos que le incapaciten para todo tipo de actividad dentro del mercado de trabajo, conservando, en consecuencia, capacidad laboral residual en grado suficiente para no devenir tributaria de la invalidez permanente absoluta que pretende. Igualmente desestimatoria es la **STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2002**, I.L. J 3037, por no reunir la actora el período mínimo de cotización, toda vez que su patología no encaja en ninguno de los supuestos tipificados como accidentes de trabajo.

e') Gran invalidez

La **STS de 20 de noviembre de 2002**, I.L. J 2483, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina sustentado sobre una presunta contradicción respecto a la exigencia de agravación de la situación anterior para que pueda obtenerse calificación de gran invalidez por quien tiene ya reconocida una incapacidad permanente absoluta, cuestión que es resuelta sobre el recuerdo de la STS de 22 de julio de 1996, en donde se afirma que “la gran invalidez es un grado autónomo de la incapacidad permanente ... no es preciso que el reconocimiento de la gran invalidez parta de un previo establecimiento de la incapacidad permanente absoluta”.

Desestimatoria de la declaración de gran invalidez es la **STSJ de Valencia de 16 de abril de 2002**, I.L. J 2795, por no constar que el actor, de profesión agricultor, requiera en la actualidad de ayuda para desenvolverse en la vida diaria, y si bien puede requerir la ayuda de una tercera persona con carácter circunstancial, no precisa de auxilio de otra persona para vestirse, desplazarse, comer o análogos.

De interés resulta la **STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2002**, I.L. J 2884, que atiende al caso de la posible sustitución del complemento del 50 por ciento por internamiento hospitalario. En el caso enjuiciado se atiende a la modificación operada en el art. 139.4.2 LGSS por la Ley 13/1996 que limita esa posibilidad al internamiento del Gran Invalído “en una institución asistencial pública del Sistema de Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos”, condición de la que no participa el Centro Sanitario en que se halla internado el beneficiario con anterioridad a la reforma legal. La Sentencia reseñada declara la irretroactividad normativa, por lo que señala que no puede aplicarse la restricción que incorpora a una prestación que, además de declarada y devengada bajo la vigencia de la normativa anterior, el propio Instituto recurrente siguió reconociendo.

b) Requisitos del beneficiario

Por lo que hace a los requisitos generales para ser beneficiario de las prestaciones por incapacidad permanente, en los números de I.L. J recogidos en esta crónica, cabe reseñar los siguientes pronunciamientos: La **STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2002**, I.L. J 2888, mantiene la conocida interpretación humanizadora, flexible e individualizada de los requisitos exigidos para el reconocimiento de prestaciones que tienden a proteger situaciones de necesidad, evitando así rigideces que en ocasiones desnaturalizarían el propio espíritu protector de la Seguridad Social. Aplicando tal doctrina al caso enjuiciado, se entiende que se cumple el requisito de situación asimilada al alta toda vez que no se ha producido por parte del trabajador un apartamiento voluntario del sistema de la Seguridad Social

A situación asimilada al alta refiere igualmente la **STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2002**, I.L. J 2886, que atiende al caso de un accidente no laboral que sufre la actora a los pocos días de causar baja en el trabajo, concluyendo el tribunal que cuando ha habido actividad laboral anterior la desvinculación del sistema no se produce de forma brusca sino que se prevén supuestos diversos, así la LGSS (art. 209) establece el plazo de quince días desde la finalización del trabajo para inscribirse como demandante de empleo; también el art. 29 RD 2530/1970 prevé también la situación asimilada al alta en los noventa días siguientes a la baja en el régimen. En definitiva, el tribunal estima que es aplicable el criterio racionalizador y humanitario que propugna el TS considerando, por ende, a la actora en situación asimilada al alta.

La **STS (Sala 4ª) de 23 de diciembre de 2002**, I.L. J 2648, aborda el problema relativo a la eficacia que cabe otorgar a efectos de completar la carencia específica de una prestación a las cuotas no abonadas en su momento, sobre las que la Entidad Gestora ha con-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

cedido un aplazamiento que viene siendo cumplido por el interesado, cuestión ya resuelta en la STS de 12 de julio de 2002 de manera que “las cuotas aplazadas y en tanto se cumplan los compromisos de pago, deben tener eficacia plena para causar las prestaciones condicionadas por tal satisfacción, siempre que concurren dos circunstancias: que el aplazamiento estuviera concedido antes de sobrevenir el hecho causante y que el sujeto estuviera cumpliendo los requisitos adquiridos”.

c) Prestaciones económicas

a) Clases y cuantía de las prestaciones

La STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de noviembre de 2002, I.L. J 2966, estima que el actor, afecto de incapacidad permanente absoluta, tiene derecho a percibir la mejora voluntaria de Seguridad Social que para tal declaración concede el Convenio colectivo aplicable (Cajas de Ahorros), por estimar que a la fecha del hecho causante permanecía en vigor la relación laboral del actor con la entidad, por lo que corresponde el complemento previsto en el mentado convenio colectivo, hasta el 100 por ciento de sus ingresos. Por su parte, la STSJ de Cantabria de 30 de noviembre de 2002, I.L. J 3132, estima, de igual modo, el derecho del actor a percibir la indemnización prevista en el convenio colectivo aplicable.

b) Base reguladora de las prestaciones

A la base reguladora de las prestaciones por incapacidad permanente refieren varias sentencias de los números de I.L. J aquí reseñados.

Mención especial merece la STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 2550, que desestima el reconocimiento de una superior base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total, por estimar la excepción de cosa juzgada, sentencia que conoce un voto particular de varios magistrados, sentido mayoritario de la sentencia que es reiterado en la STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2002, I.L. J 2562. Igualmente STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 2806, ahora sobre la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente absoluta.

Estimando el incremento de la base reguladora, con aplicación de la doctrina del paréntesis, la STS (Sala 4ª) de 16 de diciembre de 2002, I.L. J 2712, que señala que los efectos económicos de una pensión ya reconocida no se retrotraen a los tres meses anteriores a la petición deducida, sino a la fecha de reconocimiento del derecho, con el límite de cinco años.

La STS (Sala 4ª) de 11 de diciembre de 2002, I.L. J 2612, declara la inaplicación de la doctrina del paréntesis para el cálculo de la base reguladora de la prestación por incapacidad permanente absoluta precedida de incapacidad temporal seguida de desempleo contributivo, manteniendo el razonamiento contenido en la STS de 1 de octubre de 2002 que sintetiza así: a) el paréntesis en cuanto eliminación de un período de cómputo que se sustituye por otro anterior queda referido exclusivamente a la situación de invalidez

provisional ya desaparecida y, en su caso, a las prórrogas (de la situación de incapacidad temporal) del art. 131 bis.2 LGSS; b) otras incidencias en el período de empleo como la incapacidad temporal o el paro involuntario no se deben resolver de acuerdo con el criterio del paréntesis, ya que, de ser así, la regla del art. 140.4 LGSS quedaría sin aplicación práctica alguna.

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

En el ámbito de la responsabilidad del pago de las prestaciones se inscriben varios pronunciamientos judiciales en el período acotado en esta crónica. Así, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2002**, I.L. J 2904, establece la responsabilidad empresarial respecto a la prestación por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, sin perjuicio de anticipo por la Mutua y de la responsabilidad subsidiaria del INSS. Por su parte, la **STSJ de Baleares de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 2998 establece la corresponsabilidad, al 50 por ciento cada una, de las dos Mutuas demandadas, respecto a la prestación correspondiente a una incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo. La **STSJ de Galicia de 12 de noviembre de 2002**, I.L. J 3157, establece la responsabilidad empresarial, y la paralela absolución de entidades aseguradoras respecto a las indemnizaciones previstas en un seguro colectivo para el caso de una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, toda vez que tal contingencia no estaba recogida en dicho seguro colectivo. Finalmente, la **STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2002**, I.L. J 3017, aborda la cuestión de la responsabilidad respecto a una gran invalidez derivada de accidente de trabajo en el supuesto recogido en el art. 127.1 LGSS.

e) Compatibilidades e incompatibilidades

Por lo que hace al régimen de compatibilidades e incompatibilidades de las prestaciones por incapacidad permanente, son tres las sentencias que aparecen en los números de I.L. J recogidos en esta crónica.

La **STS (Sala 4ª) de 18 de diciembre de 2002**, I.L. J 2635, sobre el recuerdo de que, en caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas (art. 122 LGSS) y de que la regla general de incompatibilidad de pensiones es acorde con el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos prestaciones que tengan la misma finalidad de sustitución; todo ello sin perjuicio del derecho que pueda corresponder al beneficiario a optar por la pensión que entienda que le es más beneficiosa, marca las reglas para ordenar las prestaciones de un pensionista de incapacidad permanente total a quien se reconoce nueva incapacidad permanente total.

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 6 de noviembre de 2002**, I.L. J 2975, aborda la situación de un beneficiario de la prestación de incapacidad permanente total que accede posteriormente a la prestación de incapacidad temporal, estableciendo las reglas de descuento de la diferencia entre ambas prestaciones.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Finalmente, la STSJ de Cantabria de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 3123, establece la incompatibilidad entre la prestación por incapacidad permanente total de un montador-calderero-tubero (profesión habitual respecto a la que se produjo tal declaración) con el ejercicio de la profesión de oficial primera ajustador, habida cuenta las palmarias similitudes entre los cometidos de ambas “profesiones” (dentro del mismo grupo y actividad profesional, si bien con distinta categoría).

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

Como es sabido, como integrantes de la “unidad económica de convivencia” deben computarse todas aquellas personas con el vínculo familiar legal que convivan efectivamente con el solicitante de la prestación no contributiva, señalando la STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de octubre de 2002, I.L. J 2864, que el abandono esporádico del domicilio familiar por necesidades de trabajo de la hija de la actora no implica el cese efectivo de la convivencia, de acuerdo con las previsiones del art. 87 CC que son aquí aplicadas por el tribunal, no obstante venir referidas a la convivencia matrimonial.

La STS (Sala 4ª) de 10 de diciembre de 2002, I.L. J 2601, ante la cuestión de si el concepto legal de “ingresos percibidos” hace referencia a ingresos íntegros o brutos o los ingresos netos determinados por los ingresos brutos menos impuestos y/o cotizaciones a la Seguridad Social, concluye, de acuerdo con el tenor literal del art. 144.1.d) LGSS, que se han de computar los ingresos íntegros o brutos y no los ingresos netos, en el mismo sentido, pues, en que ya se pronunciara la STS de 6 de marzo de 1998.

d) Dinámica de la prestación

La STS (Sala 4ª) de 16 de diciembre de 2002, I.L. J 2620, resuelve la cuestión de si el actor tiene derecho a percibir la pensión no contributiva de invalidez durante el período en que percibe un subsidio asistencial de excarcelación del 75 por ciento del salario mínimo interprofesional y forma parte de un núcleo familiar integrado por su esposa y una hija menor, de las que no constan ingresos, determinando la extinción de la pensión, si bien el demandante no está obligado a devolver las prestaciones percibidas hasta la concesión del subsidio de excarcelación.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

Pese a que no se considera la percepción de una pensión no contributiva de invalidez como situación asimilada al alta para causar las prestaciones derivadas de muerte, tal consideración debe atemperarse en el supuesto en el que la grave enfermedad padecida por el causante –SIDA–, y que determina la percepción de la pensión no contributiva por invalidez, se manifiesta con anterioridad a la baja en la Seguridad Social “ya que es explicable

que en tal circunstancia se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, debiéndose añadir que los familiares más cercanos del causante no deben resultar perjudicados por la conducta pasiva del causante, para permanecer en el ámbito de la Seguridad Social, provocada por una enfermedad como la aquí descrita –SIDA–” (**STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de mayo de 2002**, I.L. J 3052). Es decir, para que se efectúe una interpretación extensiva y flexibilizadora del requisito de alta en los términos aplicados por el Tribunal Supremo (valga por todas la STS de 19 de diciembre de 1996 y las que en ella se citan), es necesario que la enfermedad que desemboca fatalmente en el hecho causante se inicie antes de la baja del trabajador en la Seguridad Social, o de forma coetánea o inmediata a la misma, y que sea fundamentalmente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para que se continúe en alta en el Sistema [STSJ de Andalucía (Granada) de 10 de septiembre de 2002, I.L. J 2965].

Continuando con esta línea humanizadora y flexibilizadora del requisito de alta o asimilada al alta, la **STSJ de Cantabria de 13 de noviembre de 2002**, I.L. J 3124, reitera que tal requisito se cumple mientras se mantenga la inscripción como demandante de empleo en la oficina de empleo correspondiente, pues con ello se demuestra una real y efectiva voluntad de regresar al mundo del trabajo –*animus laborandi*–, sin que impida tal consideración la existencia de períodos no dilatados en los que no hubo renovación de dicha demanda y que quedan justificados por las graves dolencias padecidas durante largo tiempo (en el momento en que debía renovar la inscripción en el INEM de demanda de empleo, el causante se encontraba ingresado en el hospital en situación de coma tras un accidente no laboral, falleciendo días más tarde). O, como concluye la **STSJ de Baleares, de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 3000, “que esa negligencia en mantenerse dentro de la cobertura del sistema protector de la Seguridad Social la explica de sobra padecer una enfermedad tan poderosamente destructiva de la personalidad como es la adicción a la heroína”.

Pese a la aplicación de la doctrina flexibilizadora y humanizadora y no rigorista, mantenida por el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, en relación con el requisito de alta o asimilada, es preciso, para tener derecho a la prestación económica cuando la muerte deriva de enfermedad común, que el causante acredite 500 días de cotización en los cinco años anteriores a la fecha de fallecimiento [art. 174.1 de la LGSS, en relación con el art. 7.1.b) de la Orden de 13 de febrero de 1967, de aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia], por lo que, para la **STSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2002**, I.L. J 2991, resulta intrascendente que los días cotizados sumen más de 500, cuando, en todo caso, la última cotización es muy superior a los cinco años anteriores a su fallecimiento –la cotización cesó en 1983–.

La determinación de si el fallecimiento del causante por su drogadicción se considera enfermedad común o accidente no laboral –determinante para la exigencia o no de período de carencia–, se encuentra resuelta por doctrina unificada (entre otras en las SSTS de 2 de junio de 1994 y 25 de enero de 1995) que concluye que deben considerarse causados por accidente:

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

“Todos aquellos eventos en los que el causante no falleció como consecuencia de un deterioro psicofísico desarrollado de forma paulatina, que pudiera derivar naturalmente de su acreditada situación patológica previa de drogadicción (en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de enfermedad), sino que la causa del óbito, repentino e imprevisto, fue directamente producido por una concreta causa externa, como puede ser la ingestión de una droga que, por circunstancias de exceso de cantidad o defecto de calidad, provoca una reacción inusual en el organismo que conduce a la muerte del afectado”.

Este criterio —el óbito se considera accidente no laboral— es aplicado por la **STS de 27 de noviembre de 2002**, I.L. J 2495, en un supuesto en el que la causa inmediata de la muerte se encuentra en relación con el consumo de drogas y “presumiblemente por sobredosis”, pues, con valor fáctico, la sentencia indica que “no consta que el fallecido padeciera enfermedad alguna de carácter cardiorrespiratorio, y en el informe de la autopsia se concluye que la causa de la muerte fue posiblemente intoxicación aguda por consumo de drogas”. El mismo criterio se aplica en un supuesto en el que la muerte se había producido por una embolia pulmonar como consecuencia de una ingestión de sustancias estupefacientes (**STSJ de Andalucía –Granada– de 29 de octubre de 2002**, I.L. J 2867), supuesto que pone de manifiesto el grado de flexibilidad en la aplicación de la consideración de la muerte como derivada de accidente no laboral cuando el causante es drogadicto, llegando a bastar simplemente, como en este último caso, “la reciente ingestión de una sustancia tóxica”.

Sobre el valor probatorio de la autopsia, la **STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2002**, I.L. J 2557, estima que “la autopsia no es la única prueba para poder acreditar el fallecimiento del causante como derivado de enfermedad profesional”, pues ésta es necesaria “si ha quedado acreditada la causa del fallecimiento de una persona”, pues en primer lugar debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, corresponde al Magistrado de instancia la valoración de la prueba practicada, y, en segundo lugar, por la aplicación de la prueba de presunciones, por la que según las reglas del criterio humano exista un enlace directo y preciso entre el hecho demostrado, la enfermedad pulmonar derivada de la exposición laboral previa al asbesto y la consecuencia necesaria que se desprende del mismo, que es que su fallecimiento lo fue por la contingencia de enfermedad profesional.

En relación con la doctrina del paréntesis, la STS de 10 de diciembre de 2001, contiene y resume los criterios jurisprudenciales para su aplicación, y que son:

1. No cabe reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias.
2. Los intervalos excluidos del cómputo del período o plazo reglamentario anterior al hecho causante son en principio aquellos en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo.
3. También cabe excluir de dicho cómputo, a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y cotización un “interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo” que no revele “voluntad de apartarse del mundo laboral”.

4. La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su carrera de seguro y, también en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal.

Pues bien, siguiendo estos criterios, la **STSJ de Aragón de 25 de diciembre de 2002**, I.L. J 2512, no aplica la citada teoría jurisprudencial del paréntesis, en un supuesto en el que se demanda la retroacción del hecho causante en más de dieciséis años antes del fallecimiento del marido de la actora, sucediéndose períodos de internamiento carcelario con otros de libertad, generando en los de internamiento cotización insuficiente, o períodos en los que no se acredita que los trabajos realizados hayan tenido un carácter retribuido y no hayan sido meramente ocupacionales, y, por último, acaeciendo el fallecimiento tres años después de su última excarcelación sin que haya base probatoria alguna para considerar dicho período como de paro involuntario.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

El reconocimiento de la pensión de viudedad se encuentra condicionada a que el peticionario sea el cónyuge superviviente (art. 174.1 LGSS), requisito que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 y siguientes del Código Civil requiere que las partes hayan contraído matrimonio (por lo que no tienen relevancia a estos efectos la convivencia *more uxorio*). Exigencia esta de carácter legal que el Tribunal Constitucional ha reiterado (entre otras las de 15 de noviembre de 1990 y 14 de febrero de 1991), no resulta inconstitucional (no vulnera los principios constitucionales de no discriminación, ni el respeto a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, ni la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia, ni la protección de la tercera edad, ni el genérico de que los poderes públicos mantengan un régimen público de Seguridad Social), declarando expresamente que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes, y que el Tribunal Supremo ha considerado plenamente ajustada a derecho (STS de 19 de octubre de 2001 y las en ella contenidas); sin que en el supuesto que juzga la **STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2002**, I.L. J 2563, conste la existencia de dicho vínculo matrimonial, ni que se esté ante el supuesto de imposibilidad de contraer matrimonio, establecido en la Disposición Adicional 100 de la Ley 30/1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio, “sino que su no contracción, dependió en todo momento de su sola voluntad, libertad que nadie podía coartar por ser uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento jurídico, tal y como reconoce el artículo 11 de la Constitución” (en la misma línea la **STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2002**, I.L. J 3024, y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2002**, I.L. J 2894); o como concluye la **STSJ del País Vasco de 23 de noviembre de 2002**, I.L. J 3177, “la libertad para contraer o no matrimonio, que se halla vinculada al libre desarrollo de la personalidad, no viene coartada por el hecho de que sólo a quienes libre y consciente-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

mente han decidido contraerlo y lo han contraído de hecho se les atribuya el derecho a percibir pensión de viudedad”.

b) Orfandad

Aunque el art. 175.1 LGSS no especifica el grado de incapacidad que ha de concurrir en el huérfano mayor de 18 años para devengar la prestación, de la redacción del art. 9.1 RD 1647/1997 se deduce que ha de tratarse de una incapacidad permanente absoluta —que inhabilite por completo para toda profesión u oficio—, o una gran invalidez —que han de existir en el momento del hecho causante, aunque no es necesario su previo reconocimiento administrativo—. En una línea de rigidez en la interpretación del alcance del precepto, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 3056, estima que la previa existencia de epilepsia y el reconocimiento de un grado de minusvalía del 65 por ciento —que supone el reconocimiento y el disfrute por el actor de una pensión de incapacidad en su modalidad no contributiva—, “no son elementos determinantes para otorgarle el referido grado de invalidez, pues existen múltiples trabajos que puede realizar una persona afectada de tal síndrome cerebral y el ser tributario de prestación no contributiva no empece en modo alguno para llegar a esta conclusión; pues los criterios que rigen esta clase de pensiones, son absolutamente independientes de las que determinan la concesión de las contributivas”. El mismo criterio aplica la **STSJ de Andalucía (Granada) de 14 de mayo de 2002**, I.L. J 3055, denegando la pensión de orfandad, en un supuesto en el que el actor presenta un cuadro clínico residual de sordomudez (congénita) y cervicartrosis, además de tener reconocido un grado de minusvalía del 65 por ciento a efectos de pensión no contributiva de invalidez.

c) Prestaciones a favor de familiares

C) Cuantía de las pensiones

Tal y como interpretó el Tribunal Constitucional (sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, en la que se recogen otras anteriores), “en nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando el régimen público de Seguridad Social ha de atender en su conjunto a situaciones de necesidad (art. 41 de la Constitución), el derecho a la pensión de viudedad no está estrictamente condicionado, en el régimen contributivo, a la existencia de una real situación de necesidad o de dependencia económica por parte del cónyuge supérstite, ni a que éste estuviera incapacitado para el trabajo y a cargo del fallecido”; abundando en esta consideración, la **STC 77/1991**, de 11 de abril, concluye que “si la finalidad perseguida en el actual sistema de Seguridad Social para establecer la pensión de viudedad consiste en compensar frente a un daño, cuál es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite, parece razonable entender que esa compensación ha de ser adecuada y proporcional al daño causado”. De esta manera, la pensión de viudedad sólo puede efectuarse de acuerdo con el tiempo en que duró la convivencia conyugal (**STSJ del País Vasco de 9 de noviembre de 2002**, I.L. J 3165).

Es decir, que el elemento de la convivencia, aunque ya no es condición esencial para alcanzar la prestación de viudedad, sí ha de tenerse en cuenta a efectos de determinar el

porcentaje de la pensión, incluso en los supuestos en que los cónyuges no han contraído nuevas nupcias (SSTS de 14 de julio de 1999, 3 de mayo de 2000 y 26 de septiembre de 2000). Ahora bien no puede considerarse a estos efectos como cese efectivo de la convivencia marital, la mera circunstancia de que el causante hubiere vivido separado de hecho de su primera esposa durante siete años, “cuando reanudó posteriormente dicha convivencia y la mantuvo hasta la separación judicial” [STSJ de Andalucía (Granada) de 15 de octubre de 2002, I.L. J 2865].

En los supuestos en los que no hay concurrencia de beneficiarios –viuda o viudo único–, el importe de la pensión de viudedad es proporcional al tiempo de convivencia y también la cuantía del complemento de mínimos de la pensión, debe abonarse en igual porcentaje que el fijado para la pensión, “ya que dichos mínimos son una garantía que afecta a las prestaciones contributivas y éstas siempre han de tener una vinculación a las cotizaciones del causante y al sistema de prestaciones reguladoras (...) por no tener –los complementos por mínimos– un carácter asistencial, aunque se vincule a la falta de otros ingresos y no se consolidan”, tal y como reiteran las SSTS en unificación de doctrina de 9 y 19 de diciembre de 2002, I.L. J 2593 y J 2636 (siguiendo la doctrina ya marcada en la STS de 20 de mayo de 2002).

D) Dinámica de la protección

Para ser beneficiario de la pensión a favor de familiares se exige –entre otros requisitos generales o comunes–, que el beneficiario carezca de medios propios de vida, y queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos. En relación con la carencia de medios propios de vida, una de las cuestiones polémicas es determinar si la mejora de la situación económica del beneficiario –superando el límite de ingresos–, es causa de extinción de la pensión, pese a que tal situación no se encuentre expresamente prevista en el art. 24 de la Orden de 13 de febrero de 1976 (al que se remite el art. 5.3 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio), que establece las causas de extinción. Pues bien, pese a que una interpretación estricta del precepto puede llegar a la conclusión de que no es causa de extinción, una interpretación racional y lógica de aquél obliga a considerar implícita la mejora en la situación económica del beneficiario como causa de extinción de la pensión, ya que la carencia de medios de subsistencia debe concurrir, no sólo en el momento de la concesión de la prestación, sino durante todo el tiempo de su percepción –y ello en relación con la naturaleza cuasi benéfica de la pensión a favor de familiares (STS de 17 de diciembre de 2002, I.L. J 2629)–.

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: Organización. 3. Derecho Administrativo Sancionador. Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: empleo y prestaciones de desempleo.

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

El objeto de esta crónica es dar cuenta de los pronunciamientos más recientes dictados en relación con el Derecho Administrativo Laboral y que aparecen publicados en los números 13, 14, 15 y 16 de 2002 de la revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Asimismo, se recogen otros que, emanados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no han sido todavía objeto de publicación en la revista indicada, en cuyo caso aparecen identificados por el número de recurso.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: ORGANIZACIÓN

Nuevamente, son las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, y, más en concreto, las auditorías practicadas sobre las mismas, el núcleo de atención de los pronunciamientos dictados en los últimos meses. Y ello, como de costumbre, desde una doble perspectiva: por un lado, la de las cuestiones o criterios generales; por otro, la de la práctica de concretos ajustes en asientos contables.

Por lo que respecta a la primera perspectiva, en realidad no han aparecido criterios especialmente novedosos, sino que más bien las sentencias dictadas se limitan a reiterar ideas ya conocidas y destacadas en otras crónicas. Así, las **SSTS de 24 y 25 de marzo de 2003** (recurso de casación 8318/1998 y 7227/1998, respectivamente), Sala Tercera, de entrada, nuevamente recuerdan que el RD 1373/1979 mantiene su vigencia, puesto que el Real Decreto que lo derogaba –el RD 2647/1985, de 18 de diciembre– fue anulado por el Tribunal Supremo. Dicha vigencia, por otra parte, determina que la fiscalización de las actividades de las Mutuas no se rija directamente por la LPA, sino por el Real Decreto mencionado y que, por tanto, no exista un incumplimiento formal generador de indefensión cuando solamente se permite efectuar alegaciones en el período de informes provisionales de conformidad con lo prevenido en el artículo 6 del RD de 1979.

Igualmente, también subrayan estas sentencias la competencia de la Tesorería General de la Seguridad Social para llevar a cabo con autonomía la auditoría. Asimismo, y sin que tampoco constituya una novedad, se destaca una vez más que no nos encontramos ante una actividad sancionadora por lo que no rige una reserva de tipificación legal de las conductas “infractoras”.

Los mismos asuntos o cuestiones se afrontan por la **STS de 10 de marzo de 2003** (recurso de casación 7558/1998), Sala Tercera, sólo que, teniendo en cuenta la existencia de doctrina consolidada y reiterada en la materia, ventila el asunto en el mismo sentido, eso sí, de forma más rápida.

Desde la segunda perspectiva, esto es, la casuística sobre los ajustes en asientos contables debe destacarse lo siguiente. De entrada, no pueden imputarse a la Seguridad Social los gastos ocasionados por servicios sanitarios externos respecto de los cuales no se acredita contrato o acuerdo, ni la consiguiente autorización de suscripción; algo similar sucede con los servicios de medicina preventiva encaminados a prevenir accidentes laborales cuando falta la autorización preceptiva (ambos casos, en la **STS de 25 de marzo de 2003**); es también la falta de autorización lo que lleva a que la **STS de 10 de marzo de 2003** no permita imputar a la Seguridad Social los gastos ocasionados por un alquiler.

Igualmente, quedan al margen los gastos de inversión no contraídos durante el ejercicio, como recuerda la **STS de 25 de marzo de 2003**. Tampoco resulta imputable a la Seguridad Social los gastos ocasionados por la pertenencia de la Mutua a una asociación voluntaria de Mutuas, precisamente, dado ese carácter voluntario (**STS de 10 de marzo de 2003**).

Por su parte, la **STS de 24 de marzo de 2003**, de un lado, señala que la reserva voluntaria únicamente puede utilizarse para cancelar dos tipos de gastos: los derivados de sanciones económicas y los relacionados con los gastos de administración. Por ello, confirma el fallo de la sentencia de instancia cuando no permite utilizar dicha reserva para otro tipo de gastos, los cuales, entonces, deben afrontarse con recursos distintos, como las derramas o el patrimonio histórico. Además, dicha sentencia confirma que sólo pueden incluirse en la reserva de contingencias aquellos siniestros respecto los cuales se haya presentado el expediente ante las unidades de valoración médica de incapacidades.

3. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. JURISPRUDENCIA SOBRE INFRACCIONES Y SANCIONES POR MATERIAS: EMPLEO Y PRESTACIONES DE DESEMPLEO

Finalmente, por lo que respecta a los pronunciamientos judiciales sobre infracciones y sanciones, en primer lugar debe destacarse la **STS de 18 de noviembre de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 2522, entiende que en el caso de administradores de una sociedad en la que dichos sujetos, además, son socios con el 50 por ciento del capital, se está realizando un trabajo por cuenta propia, aunque la naturaleza de la relación con el ente societa-

XI. Administración Laboral

rio sea de carácter mercantil. Por consiguiente, procede imponer la sanción de pérdida del derecho a percibir la prestación y devolución de las cantidades indebidamente percibidas por este concepto.

Relacionada también con la sanción consistente en la pérdida de la prestación por desempleo se encuentra la **STSJ de Cataluña de 11 de diciembre de 2002**, I.L. J 2807. En este caso, la pérdida del derecho se debe al rechazo de una oferta adecuada de empleo, cuestión de determinación siempre espinosa. En el supuesto de autos se trataba de una trabajadora que no acepta un trabajo a jornada completa por ser incompatible con el cuidado de dos hijos de 2 y 12 años. El argumento esgrimido tanto en la instancia como en la Sala se centra en lo siguiente:

“la protección por desempleo no solamente exige la voluntad de querer trabajar, sino que también la disponibilidad al efecto, lo que excluye que circunstancias normales personales o familiares puedan esgrimirse como causa de rechazo de trabajo adecuado, ya que el objeto de la protección es una situación de necesidad y voluntad de realizar una actividad laboral que se ve truncada en la realidad”.

A ello, se añade por el tribunal que, en este caso, lo que debería haber hecho la trabajadora sería aceptar el empleo y, posteriormente, solicitar una reducción de jornada.

Mayor suerte corre la protagonista del asunto enjuiciado por la **STSJ del País Vasco de 1 de noviembre de 2002**, I.L. J 2955. En este caso, se trata de una trabajadora sancionada con la suspensión de la prestación por desempleo por no haberse presentado a renovar su tarjeta de demandante de empleo en la fecha requerida al efecto. La trabajadora justifica la omisión en circunstancias relacionadas con su estado psíquico: la enfermedad y posterior muerte de su padre le habían conducido a un síndrome depresivo reactivo acreditado por los servicios médicos públicos. Pues bien, corrigiendo la interpretación dada en la instancia, el TSJ entiende en esta sentencia que la causa justificada a la que se refiere el artículo 212.a) LGSS, como excepción a la sanción por suspensión por no renovar la tarjeta de empleo, no debe entenderse:

“(…) cualquiera de las causas que, en el marco de una relación laboral, justifican la inasistencia al trabajo, como tampoco cualquier situación que haga imposible el cumplimiento de esa obligación, sino cualquiera que haga razonable esa falta de asistencia, lo cual exige un análisis singularizado de las circunstancias concurrentes en cada situación”.

Diversamente, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 2970, mantiene un criterio en apariencia más restrictivo, pues no entiende justificada la ausencia –y, por consiguiente confirma la sanción de suspensión– en un caso en el que la falta se debía a que el sujeto incumplidor guardaba reposo en caso por prescripción facultativa. Y es que, en este caso, el dictamen médico se limitaba a recomendar reposo y no a señalarlo como necesario.

Para concluir, sólo queda referirse a la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de julio de 2002**, I.L. J 3071, en la que se abordan las competencias del orden social de la jurisdic-

ción en relación con la impugnación de sanciones en materia de desempleo. Pues bien, en este punto se recuerda la doctrina existente al respecto, asumida legalmente, que traza la frontera entre el orden social y el contencioso en función de la entidad de la sanción: leves y graves para el primero; muy graves para el segundo.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER
AMPARO ESTEVE SEGARRA

XII. EL PROCESO LABORAL**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisdicción laboral. Competencia. A) Expediente de regulación de empleo. Interferencias entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa. B) Resolución administrativa en materia de Seguridad Social. C) Responsabilidad contractual. Enfermedad contraída en el centro de trabajo de una Mutua. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Accidente de trabajo. Responsabilidad de un tercero en la muerte de un trabajador. B) Jugador profesional de balonmano. Denegación de licencia federativa. C) Tercería de mejor derecho planteada por trabajadores respecto de créditos de otros ejecutantes. **4. Conciliación extrajudicial. Reclamación previa.** A) Presentación de papeleta de conciliación en lugar de la preceptiva reclamación previa. B) Reclamación previa defectuosa: no cabe atribuirle valor de reclamación previa a la solicitud inicial. **5. Actos de comunicación procesal. Falta de averiguación previa de oficio por el órgano jurisdiccional. 6. Demanda. Reconvención. 7. Acumulación. Acciones. 8. Excepciones.** A) Falta de legitimación activa. B) Cosa juzgada. C) Caducidad. D) Prescripción. **9. Práctica de la prueba.** A) Valoración de la prueba. Incapacidad Permanente. Prueba pericial. B) Prueba documental. a) Extravío. b) Documentos tachados de falsedad. **10. Sentencia.** A) Incongruencia. B) Hechos probados. Insuficiencia. **11. Despido. Salarios de tramitación.** A) Ofrecimiento y depósito. B) Contrato temporal. C) FOGASA. Responsabilidad. Jurisprudencia TJCE. D) Alta dirección. No proceden salarios de tramitación. **12. Recurso de suplicación.** A) Acceso al recurso por razón de la materia: traslado que no constituye movilidad geográfica. B) Falta de aseguramiento de la condena. Defecto insubsanable. C) Inadmisión por extemporaneidad. Notificación válida. D) Motivación del recurso. **13. Recurso de casación para la unificación de doctrina. Escrito de preparación. Requisitos. 14. Recurso de revisión.** A) Documentos que habilitan el recurso. B) Objeto. **15. Ejecución de sentencia.** A) Plazo. Indemnización por Incapacidad permanente parcial anticipada por la Mutua. B) Sentencias ejecutables. Devolución capital coste renta. C) Liquidación de intereses. **16. Temeridad y mala fe.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica jurisprudencial analiza las resoluciones judiciales de especial interés que se refieren a cuestiones relativas al proceso laboral, y que han sido publicadas en los números 13 a 16 (ambos inclusive) del año 2002 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*. Es de destacar en esta crónica la **STS de 26 de diciembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2716, de la que se da cuenta en el epígrafe 11.C), que analiza la supuesta responsabilidad del FOGASA sobre los salarios de tramitación acordados en trámite de conciliación administrativa. Esta sentencia hace interesantes consideraciones sobre el pronunciamiento del TJCE sobre la materia ante una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Expediente de regulación de empleo. Interferencias entre la jurisdicción social y la contencioso-administrativa

La **STS de 27 de noviembre de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 2548, establece los criterios para delimitar la competencia de las jurisdicciones contencioso-administrativa y social en la impugnación de expedientes de regulación de empleo (ERE) y sus consecuencias. Tras repasar la doctrina clásica sobre la cuestión (que atribuía a la jurisdicción contenciosa el conocimiento de los litigios surgidos como consecuencia de la impugnación de la elección por la empresa de los trabajadores afectados por el ERE), el TS establece la necesidad de distinguir entre la impugnación de la resolución administrativa en sí y el acto empresarial ejecutivo de afectación individual al ERE. Así, mientras la impugnación de la aprobación del ERE ha de efectuarse por la vía contencioso-administrativa en cuanto a las causas que dieron lugar a su solicitud, así como a los defectos que invaliden las formalidades exigidas en su tramitación, la impugnación de los concretos actos extintivos y cuestiones conexas —como la cuantía de la indemnización— corresponde a la jurisdicción social.

B) Resolución administrativa en materia de Seguridad Social

La **STS de 19 de noviembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2480, determina la extensión del ámbito de conocimiento de la jurisdicción social respecto de los actos administrativos dictados por las entidades gestoras de la Seguridad Social. Según razona el Alto Tribunal, la atribución competencial que hace el artículo 2.a) LPL alcanza a todas las pretensiones que se formulen en relación con los actos administrativos de Seguridad Social, incluyendo el control judicial pleno del acto administrativo, y ello tanto en lo que se refiere al contenido material de éste, como a sus aspectos formales y, específicamente, a los relativos al procedimiento. La resolución administrativa en materia de Seguridad Social presenta, en definitiva, aspectos sustantivos y formales, ambos plenamente sometidos al ordenamiento sectorial de Seguridad Social. En aplicación de esta doctrina, el TS casa la sentencia dictada en suplicación, devolviendo las actuaciones al Juzgado de lo Social para

XII. El Proceso Laboral

que éste pueda entrar a conocer de la caducidad del procedimiento y de las causas de nulidad del acto administrativo que se alegaron en la instancia.

C) Responsabilidad contractual. Enfermedad contraída en el centro de trabajo de una Mutua

La STSJ de Valencia de 21 de marzo de 2002, I.L. J 2777, conoce del supuesto de un ATS que, tras trabajar durante años en el centro de trabajo de una Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, contrae una enfermedad, exigiendo una indemnización de daños y perjuicios frente a diversas administraciones públicas además de contra la propia Mutua. Pese a asumir la doctrina del TS, que establece que las instituciones y centros sanitarios de las mutuas de accidentes de trabajo en los que se llevan a cabo prestaciones sanitarias tienen la condición de entidades del Sistema Nacional de la Seguridad Social, el TSJ resuelve que no puede calificarse el supuesto analizado como un supuesto de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas –como entendió el juzgador de instancia–, dado que, en realidad, nos encontramos ante un incumplimiento de la Mutua demandada de su obligación, en tanto que empresario, de proteger a los trabajadores en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Únicamente corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones en que se dilucide la responsabilidad de las administraciones demandadas por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, tal como establece la Disposición Adicional Duodécima de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Accidente de trabajo. Responsabilidad de un tercero en la muerte de un trabajador

La STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 2002, I.L. J 2579, aprecia la excepción de falta de jurisdicción alegada por la empresa frente a la reclamación de responsabilidad civil planteada por los causahabientes de un trabajador muerto en accidente de trabajo, en la que junto a dicha empresa se demandaba igualmente al trabajador que había realizado las soldaduras del módulo de encofrado en el que trabajaba el fallecido. En aplicación del artículo 2.a) LPL, el TSJ entiende que excede de la competencia del orden social dilucidar si un tercero que no es el empresario tuvo o no responsabilidad en el daño. En la medida en que la cuestión litigiosa excede del ámbito de la estricta relación entre trabajador y empleador, corresponde al orden jurisdiccional civil –dado que es el orden jurisdiccional residual para conocer de todas las cuestiones no atribuidas en exclusividad a otro– el que debe conocer de la pretensión de responsabilidad civil frente a todos los demandados para no dividir la continenencia de la causa.

B) Jugador profesional de balonmano. Denegación de licencia federativa

Pese haberse articulado como un procedimiento por despido, la STSJ de Navarra de 30 de diciembre de 2002, I.L. J 2827, declara la incompetencia del orden jurisdiccional social en el supuesto de un jugador profesional de balonmano de nacionalidad cubana

que fue despedido por su club al haberle sido denegada la licencia federativa como jugador nacional o comunitario. El demandante sostenía que tal despido era nulo al vulnerarse el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el acceso al trabajo. Frente a esta tesis, el TSJ declara que la conducta del club estaba íntimamente ligada a la denegación de la licencia federativa por la Federación Española de Balonmano, título habilitante para participar en competiciones oficiales deportivas de ámbito estatal. Dado que el otorgamiento de tal título es una manifestación de la llamada Administración Corporativa, corresponde la competencia al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y ello aunque su denegación afecte a la relación laboral.

C) Tercería de mejor derecho planteada por trabajadores respecto de créditos de otros ejecutantes

La STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2002, I.L. J 2839, rechaza la competencia de la jurisdicción social en un supuesto en que los trabajadores ejecutantes solicitaron del Juzgado de lo Social la determinación de la preferencia de sus créditos respecto de los de otros ejecutantes —entre los que se encontraban la AEAT, la TGSS y otros particulares— cuyos embargos se hallaban ya inscritos. Invocando la doctrina del TS y del TC en la materia, el TSJ señala que aunque la naturaleza laboral del crédito invocado y su preferencia vienen determinadas por el ET, la acción ejercitada trasciende la relación laboral y afecta a créditos de terceros de distinta naturaleza cuya prelación se regula por el Código Civil, de manera que corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional civil.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. RECLAMACIÓN PREVIA

A) Presentación de papeleta de conciliación en lugar de la preceptiva reclamación previa

Desestimando la excepción de falta de reclamación previa planteada por RENFE, la STSJ de Valencia de 12 de marzo de 2002, I.L. J 2776, declara que, aun cuando una norma legal imponga a los demandantes frente a determinadas entidades públicas empresariales la necesidad de plantear reclamación previa, el intento de conciliación ante el SMAC cumple la misma finalidad que aquella, sin que quepa hacer valer, por tanto, dicho defecto procedimental como causante de indefensión. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de junio de 2002, I.L. J 2893.

B) Reclamación previa defectuosa: no cabe atribuirle valor de reclamación previa a la solicitud inicial

La STSJ del País Vasco de 1 de octubre de 2002, I.L. J 2956, conoce de un supuesto en el que el actor atribuyó a la solicitud inicial de encuadramiento en un determinado régimen de la Seguridad Social el valor de reclamación previa, interponiendo luego directamente demanda ante la jurisdicción social. El TSJ ratifica la excepción de falta de reclamación pre-

XII. El Proceso Laboral

via apreciada por el Juzgador *a quo*, afirmando que la reclamación previa es necesariamente posterior a la solicitud inicial. El único escrito presentado por el actor en sede administrativa sólo podía ser entendido como una solicitud inicial a la que no siguió (tras resolución expresa o silencio administrativo) el trámite preprocesal de la reclamación previa, con lo que se produjo un indebido agotamiento de la vía administrativa.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. FALTA DE AVERIGUACIÓN PREVIA DE OFICIO POR EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

La STSJ de Valencia de 5 de marzo de 2002, I.L. J 2764, declara la nulidad de lo actuado en un supuesto en el que el Juzgado de lo Social, tras la devolución de la providencia de citación al demandado a los actos de conciliación y juicio, acudió directamente a la citación edictal en el boletín oficial de la provincia sin efectuar ninguna averiguación previa (consulta a colegios profesionales, organismos oficiales o Registro Mercantil) tal como venía exigiendo la doctrina constitucional y, en la actualidad, el artículo 156.1 de la LEC.

6. DEMANDA. RECONVENCIÓN

La STSJ de Cantabria de 20 de noviembre de 2002, I.L. J 3129, señala que incrementar en el acto de juicio las cantidades reclamadas en la demanda reconvenicional, supone una modificación sustancial del *petitum* sobre la cantidad anunciada en el acto de conciliación prohibida por los artículos 80.1 en relación con el 85.2 LPL.

7. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La STSJ de Cantabria de 16 de septiembre de 2002, I.L. J 3007, declara acumulables la acción de valoración global de padecimientos sufridos por el actor y la acción de declaración de incapacidad permanente al entender que derivan de la misma causa de pedir. Para llegar a dicha conclusión, el TSJ retoma la jurisprudencia del TS según la cual sería admisible la acumulación de acciones “(...) cuando se solicita el reconocimiento de una invalidez en la que concurren dolencias de origen profesional y común pues es el estado de salud, en cuanto situación unitaria que ha de ser valorada globalmente, el hecho que fundamente ambas acciones (...)”. También admite el TSJ la acumulación de acciones en materia de Seguridad Social en los supuestos de impugnación de alta médica y solicitud de declaración de situación invalidante.

8. EXCEPCIONES

A) Falta de legitimación activa

La SAN de 8 de octubre de 2002, Sala de lo Social, I.L. J 2704, reconoce la legitimación activa de un Sindicato, con una implantación suficiente en el ámbito de la empresa, para

impugnar un Pacto o Convenio Extraestatutario pese a no haberlo suscrito, cuando se advierta ilegalidad o lesividad para terceros en el contenido del mismo. La **STS de 26 de diciembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2715, establece que sólo están legitimados para impugnar un convenio colectivo por lesividad los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado, debiéndose entender por “terceros” aquellos sujetos que queden fuera del ámbito de aplicación del convenio.

B) Cosa juzgada

La **STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2002**, I.L. J 3013, señala que acreditado por sentencia firme que el actor no tiene derecho a una determinada categoría profesional, no puede acudir posteriormente a un procedimiento ordinario de reclamación de cantidad por diferencias salariales derivadas de la categoría profesional pretendida, siendo aplicable el efecto positivo de cosa juzgada.

C) Caducidad

La **STS de 5 de diciembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2591, establece que la suspensión de los plazos de caducidad prevista en el artículo 65 LPL también es aplicable a los supuestos de presentación de escrito inicial de conflicto colectivo ante la Autoridad Laboral, aunque ello suponga dejar a ésta un margen de discrecionalidad en el plazo para la presentación de la demanda colectiva que las partes no tienen pues “(...) se trata de una discrecionalidad congruente con el hecho de que se encomienda a un órgano de la Administración Pública dotado de suficientes condiciones de imparcialidad, independencia y responsabilidad como para que se le conceda (...)”. La **STSJ de Valencia de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 2778, señala que la acción de despido no puede considerarse caducada aun cuando hubieran transcurrido veintiún días desde la extinción de la relación laboral al ser de aplicación al proceso laboral la previsión contenida en el artículo 135 LEC que permite la presentación de aquellos escritos que estén sujetos a plazo hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo. Sin embargo, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 19 de noviembre de 2002**, I.L. J 2685, se pronuncia en sentido contrario y concluye que el artículo 135 LEC no supone en absoluto la derogación del artículo 45 LPL.

D) Prescripción

La **STSJ de Madrid de 21 de octubre de 2002**, I.L. J 2538, recuerda que en los supuestos en que la empresa deniega el derecho de un excedente voluntario al reingreso, éste puede ejercitar dos acciones: una de despido, y otra ante la simple falta de respuesta del empresario, o ante respuestas ambiguas que evidencian conocimiento del vínculo pero tratan de posponer la reincorporación con demoras injustificadas. En este segundo

XII. El Proceso Laboral

supuesto, la acción a ejercitar es declarativa del reconocimiento del derecho a la ocupación efectiva y está sujeta al plazo de prescripción de un año del artículo 59.1 ET. La STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 2553, señala que de acuerdo con la reciente doctrina unificada del TS, la presentación de la papeleta de conciliación interrumpe el plazo de prescripción del artículo 59.1 ET, tanto frente a la empresa como frente al FOGASA. Por su parte, la STS de 2 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2585, establece que la papeleta de conciliación en una reclamación de cantidad interrumpe la prescripción y que esta interrupción, de una parte, termina cuando, agotados los preceptivos trámites, la conciliación intentada no ha llegado a feliz término y, de otra, que una vez finalizado sin éxito el intento de conciliación, se inicia de nuevo y entero el plazo de prescripción.

9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA

A) Valoración de la prueba. Incapacidad Permanente. Prueba pericial

La STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2002, I.L. J 2905, declara que no existe indefensión del actor por no haberse estimado la pretensión de incapacidad con fundamento en el informe pericial privado aportado a los autos y que era contradictorio con el emitido por el EVI. No existe, como se pretende, una decisión arbitraria del Juez de instancia pues, al margen de poder estarse o no de acuerdo con su labor probatoria, el actor utilizó todos los medios de prueba que estimó oportunos y la valoración de tal prueba sólo corresponde al Juzgador de conformidad con las reglas de la sana crítica.

B) Prueba documental

a) Extravío

La STSJ del País Vasco de 8 de octubre de 2002, I.L. J 2672, declara la nulidad de la sentencia de instancia por cuanto, habiendo admitido a trámite el juzgado determinada prueba documental de la empresa, ésta no quedó unida a los autos o fue extraída de los mismos, sin ser imputable esta situación a la parte recurrente. Todo lo cual le causa indefensión al vulnerarse el artículo 24.2 CE, por cuanto la prueba documental admitida no fue tenida en cuenta a la hora de dictar sentencia, haciéndose incluso constar de forma expresa en la propia resolución recurrida que la demandada no había practicado prueba alguna sobre los hechos que se discutían.

b) Documentos tachados de falsedad

La STSJ de Cantabria de 19 de noviembre de 2002, I.L. J 3126, rechaza el argumento de prejudicialidad devolutiva como motivo de nulidad de la sentencia, alegada por la demandada. Según ésta, existían dos documentos tachados de falsedad, por lo que deberían haberse suspendido las actuaciones posteriores al acto del juicio al amparo del artículo 86.2 LPL. La Sala no admite este argumento porque el actor en ningún momento

desconoce su firma ni tilda de falso uno de los documentos discutidos, sino que no reconoce su contenido. Igualmente, la demandada no expresó su propósito de interponer querrela ni formuló alegación en este sentido respecto de otro de los documentos que tacha de falsedad. En definitiva, la Sala entiende que sólo se suspende el procedimiento cuando se denuncia formalmente la falsedad, anunciando el propósito de interponer querrela.

10. SENTENCIA

A) Incongruencia

La STSJ de Murcia de 18 de noviembre de 2002, I.L. J 2516, anula la sentencia de instancia por incongruencia omisiva. En esta sentencia se hace un exhaustivo repaso de la doctrina del TS y del TC en esta materia y se declara la nulidad de la sentencia impugnada por cuanto la misma no se pronuncia sobre una de las peticiones de la Mutua demandante. Se trataba de una demanda en la que se solicitaba una doble petición: que determinadas secuelas sufridas por un trabajador fueran declaradas constitutivas de una lesión permanente no invalidante y que tuvieron su origen en una enfermedad profesional. El juzgador *a quo* se pronunció sobre la segunda petición pero silenció la primera de las pretensiones formuladas. También la STS de 11 de noviembre de 2002, Sala Tercera, I.L. J 2520, analiza un supuesto de incongruencia omisiva estimando su existencia: la sentencia impugnada no se pronunció sobre la excepción de falta de capacidad procesal de la demandante, alegada por la recurrente. Dicha sentencia hace mención a la doctrina de esa Sala y a la del TC al respecto, declarando que “(...) El requisito de la incongruencia, en fin, no supone que la sentencia tenga que dar una respuesta explícita y pormenorizada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, siempre que exteriorice, tomando en consideración las pretensiones y alegaciones de aquéllas, los razonamientos jurídicos que, en el sentir del Tribunal, justifican el fallo (...)”. Añade la sentencia que “(...) el silencio de una sentencia sobre una causa de inadmisibilidad alegada en el proceso puede considerarse como constitutiva de incongruencia omisiva (...)”. La STS de 4 de diciembre de 2002, Sala Tercera, I.L. J 2655, declara la incongruencia omisiva en la que incurre la Sentencia de suplicación en un supuesto en el que se impugna la resolución administrativa que autorizó un expediente de regulación de empleo. Uno de los motivos de la impugnación era la nulidad de la resolución cuestionada por defecto de competencia territorial de la autoridad administrativa que acordó el expediente y, en este sentido, la sentencia del TSJ elude toda consideración sobre dicho argumento, sin que de dicha sentencia se deduzca que tal falta de competencia fue tenida en cuenta para resolver las pretensiones de los demandantes. La STS de 23 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2647, declara la nulidad de la sentencia recurrida por cuanto, solicitada en la demanda la declaración de incapacidad permanente total y, subsidiariamente, la de incapacidad permanente parcial, la sentencia denegó la petición principal sin hacer referencia al pedimento subsidiario. Otro supuesto de patente incongruencia es analizado en la STS de 13 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2615. Sin embargo, la STSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2002,

XII. El Proceso Laboral

I.L. 2680, declara que no existe tal incongruencia en la sentencia que estima la demanda por despido declarando su improcedencia sin pronunciamiento sobre su nulidad, aun cuando la parte actora hubiera solicitado la nulidad del mismo de forma principal. Tampoco estima incongruencia la **STSJ de Cantabria de 25 de septiembre de 2002**, I.L. J 3012, en un supuesto en el que reclamándose una incapacidad absoluta, se reconoce una incapacidad permanente total, por cuanto por aplicación de principio de “quien pide lo más pide lo menos”, al solicitarse el reconocimiento de un grado de invalidez “(...) tal petición implica la de todos los grados inferiores al solicitado, a no ser que se excluyan expresamente (...)” lo que implica que no se aprecie incongruencia, ni que exista indefensión para la entidad responsable del pago de la prestación.

B) Hechos probados. Insuficiencia

La **STSJ de Cataluña de 19 de diciembre de 2002**, I.L. J 2822, analiza un supuesto en el que la sentencia de instancia desestimó la demanda por la que el actor pretendía se declarase que la incapacidad permanente total reconocida era derivada de enfermedad profesional y no común. La Sala de Suplicación declara la nulidad de la sentencia por cuanto la misma no tiene datos suficientes para resolver la cuestión controvertida, pues no hace referencia a (i) la profesión habitual del demandante, (ii) sus tareas fundamentales, (iii) la reiteración de dichas tareas, (iv) sus secuelas y la localización de las mismas; lo que hace imposible establecer la adecuada correlación entre dichas cuestiones para resolver el litigio, sin que en suplicación pueda trasladarse a la Sala de lo Social la función de confeccionar un nuevo relato fáctico. Otro supuesto de nulidad de sentencia por insuficiencia de hechos probados es el analizado en la **STSJ de Andalucía (Granada) de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 3057, en el que se reclama contra el INSS y la TGSS una pensión de invalidez, habiendo estado encuadrado el actor en el RETA y en el REA. La sentencia de instancia le concede sin más argumentos la pensión conforme a las cotizaciones en el REA, cuando lo cierto es que el actor acredita más cotizaciones al RETA, lo que en absoluto se hace constar en el relato fáctico de la sentencia, con clara indefensión para el INSS que ha visto revocada su resolución ignorando los motivos concretos en los que se basa el Juzgador *a quo*. A su vez, la **STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de septiembre de 2002**, I.L. J 3002, declara la nulidad de la sentencia de instancia por insuficiencia fáctica. Se trata de un supuesto en el que, habiéndose reclamado la antigüedad en una determinada categoría, el Juzgador *a quo* no consignó todos los hechos de interés para resolver la cuestión debatida, añadiéndose además por la Sala que el relato fáctico, no sólo debe bastar para dictar la sentencia de instancia, sino que deberá tener la suficiente amplitud para que el TJSJ pueda decidir.

11. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Ofrecimiento y depósito

La **STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2002**, I.L. J 2816, analiza un supuesto de despido en el que la empresa reconoció en conciliación previa la improcedencia del despido y ofreció la indemnización y los salarios de tramitación. La cuantía de lo ofrecido

fue inferior a lo adeudado, pero la empresa depositó la cantidad correcta en el Juzgado de lo Social. Siendo éste el relato fáctico, la Sala de Suplicación confirma la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido y condenó a la empleadora a abonar los salarios dejados de percibir hasta la fecha de notificación de la sentencia, pues aun cuando el depósito se hizo correctamente, el ofrecimiento no fue ajustado a derecho. De otro lado, la **STSJ de Extremadura de 11 de diciembre de 2002**, I.L. J 2922, declara que no pueden quedar limitados a la fecha de la conciliación los salarios de tramitación en un supuesto en el que se ofreció y depositó una cantidad en concepto de indemnización inferior a la legalmente aplicable, aun cuando la diferencia era de ínfima cuantía; y ello, por cuanto la empresa no ofreció en ningún momento una explicación al supuesto error excusable sufrido. Por su parte, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de noviembre de 2002**, I.L. J 3101, considera que el ofrecimiento y depósito fueron correctos a efectos de limitar los salarios de tramitación a la fecha de la conciliación, porque el actor no logró probar en juicio que el salario respecto del cual debía de haberse calculado la suma ofrecida era superior conforme al convenio colectivo y a la superior categoría que alegaba ostentar *de facto*. Es interesante también la **STSJ de Extremadura de 16 de septiembre de 2002**, I.L. J 3031, porque analiza un supuesto de despido en el que se discute la antigüedad del actor a fin de calcular la indemnización ofrecida en conciliación judicial para limitar los salarios de tramitación. El actor había trabajado para la demandada previamente y fue despedido obteniendo la correspondiente indemnización por despido improcedente. Con posterioridad, se le volvió a contratar acordándose reconocerle la antigüedad del anterior contrato de trabajo, siendo también despedido. Como consecuencia de este despido, la empresa ofreció en el acto de conciliación la indemnización correspondiente al tiempo de servicios del segundo contrato, mientras que el actor argumenta que la misma debería haberse calculado teniendo en cuenta además la antigüedad generada durante el primer contrato. En la instancia se condenó a la empresa a abonar la diferencia de la indemnización, pero se consideró que al ser la antigüedad una cuestión controvertida los salarios de tramitación debían quedar limitados a la fecha de la conciliación. Ambas partes recurren en suplicación y la Sala estima el recurso de la empresa, desestimando en consecuencia el del empleado, al entender que la cantidad ofrecida en concepto de indemnización era totalmente ajustada a derecho, y ello porque (i) el actor ya fue indemnizado por la extinción del primer contrato de trabajo, y (ii) no consta que el reconocimiento de la antigüedad previa en el segundo contrato fuera “a todos los efectos” a fin de ser computada para el cálculo de la indemnización por despido, pues un consolidado criterio jurisprudencial distingue entre tiempo de servicios y antigüedad a tal fin, debiéndose estar al tiempo de servicios, salvo que las partes hayan acordado reconocer una antigüedad anterior “a todos los efectos” —lo que no ocurre en el presente supuesto— incluyéndose en tal caso los efectos indemnizatorios.

B) Contrato temporal

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de octubre de 2002**, I.L. J 2863, declara la legalidad de un contrato temporal que la parte actora pretendía realizado en fraude de ley. Como quiera que dicho contrato fue extinguido por la empresa con anterioridad a la

XII. El Proceso Laboral

fecha de su vencimiento, los salarios de tramitación deben quedar limitados al período comprendido desde la fecha del despido hasta la fecha pactada por las partes como término final del contrato. En definitiva, se desestima la pretensión de la actora de que dichos salarios fueran extendidos hasta la fecha de notificación de la sentencia que declara improcedente el despido.

C) FOGASA. Responsabilidad. Jurisprudencia TJCE

La STS de 26 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2716, analiza la responsabilidad del FOGASA sobre los salarios de tramitación pactados con varios empleados en trámite de conciliación administrativa pre-procesal, en el que se había reconocido la improcedencia de los despidos. Con cita de algunas de las sentencias que sobre esta materia han sido dictadas en unificación de doctrina (SSTS de 22 de diciembre de 1998, y 17 de enero y 18 de septiembre de 2000), la Sala de lo Social interpreta lo dispuesto en el artículo 33.1 ET en su redacción previa a la que hoy tiene otorgada por la Ley 45/2002, y estima el recurso del FOGASA, entendiendo que el mismo sólo asume esa responsabilidad cuando así lo acuerde la jurisdicción social en la correspondiente sentencia o, eventualmente, en el auto relativo a la no readmisión o readmisión irregular. La sentencia que se comenta alude expresamente a la sentencia dictada el día 12 de diciembre de 2002 por el TJCE, resolviendo una cuestión prejudicial que en su día planteó la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, sobre si el artículo 33.1 del ET (en su redacción anterior a la Ley 45/2002) respetaba o no la Directiva 80/987 CCE del Consejo. En el caso enjuiciado por la STSJ de Castilla-La Mancha, se trataba de un pacto sobre despido alcanzado en conciliación judicial y es sobre esta cuestión que se pronuncia el TJCE, al haberse negado el FOGASA al abono de dicha cuantía por no estar establecida en sentencia sino en un acuerdo suscrito ante el juez *a quo*. La TJCE establece que los salarios de tramitación acordados en conciliación judicial deben tener el mismo tratamiento que los créditos salariales comprendidos en el concepto “retribución”, sin que pueda ser aplicable la normativa nacional que los excluye de dicho concepto, por ser vulneradora del principio de igualdad. La Sala de lo Social concluye que la doctrina adoptada en la sentencia comunitaria no es susceptible de extenderse al caso contemplado, por cuanto el único supuesto que el TJCE contempló fue el de una conciliación llevada a cabo a la presencia judicial, siendo el caso analizado en las actuaciones de las que trae causa esta casación el de un acuerdo alcanzado en un acto de conciliación administrativo previo a la vía judicial.

D) Alta dirección. No proceden salarios de tramitación

Con cita de numerosas SSTS de la Sala Cuarta, la STSJ de Aragón de 21 de octubre de 2002, I.L. J 2870, confirma el criterio de que este personal no tiene derecho a salarios de trámite por cuanto: (i) la regulación de la extinción de su contrato de trabajo (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto) no contiene previsión alguna sobre salarios de tramitación y no se remite al artículo 56 del ET, y (ii) es una relación singular donde se acepta el desistimiento indemnizado sin causa y el apartamiento de la condena a readmisión que establece el régimen común.

12. RECURSO DE SUPLICACIÓN

A) Acceso al recurso por razón de la materia: traslado que no constituye movilidad geográfica

La STS de 19 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2637, declara la recurribilidad de una sentencia de un Juzgado de lo Social relativa a un cambio de puesto de trabajo, desde una población a otra, que distan menos de 25 kilómetros, por no constituir un supuesto de movilidad geográfica regulada en el artículo 40 ET, para el que está vedado el recurso de suplicación al amparo de lo establecido en el artículo 138.4 de la LPL.

B) Falta de aseguramiento de la condena. Defecto insubsanable

La STS de 11 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2609, estima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado, sobre la base de que el incumplimiento total de la obligación de asegurar o consignar la cantidad objeto de la condena acarrea la improcedencia del recurso de suplicación, el cual debe tenerse por no anunciado. Por el contrario, la insuficiencia de consignar la condena o de asegurarla debe provocar que el Juez de instancia conceda a la parte un plazo máximo de cinco días para la subsanación de tal defecto.

C) Inadmisión por extemporaneidad. Notificación válida

La STSJ de Valencia de 19 de abril de 2002, I.L. J 2798, establece que, aunque la notificación realizada en el caso de autos adolecía de ciertos defectos formales (al no contener la completa identificación del receptor, persona distinta del destinatario, en cuanto a nombre completo, domicilio y relación con el recurrente), no cabe advertir la falta de los requisitos esenciales para la notificación válida, ya que el receptor quedó suficientemente identificado y firmó el acuse de recibo en el domicilio señalado por el letrado recurrente a efectos de notificaciones. En consecuencia, el recurso de suplicación deber ser inadmitido al haber sido presentado fuera de plazo.

D) Motivación del recurso

La STSJ de Extremadura de 20 de noviembre de 2002, I.L. J 3142, desestima el recurso de suplicación interpuesto al contener un solo motivo dedicado a la revisión de los hechos probados de la sentencia recurrida sin citar las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que considera infringidas, lo que supone una clara vulneración de los requisitos exigidos en el artículo 194.2 LPL.

XII. El Proceso Laboral

13. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA. ESCRITO DE PREPARACIÓN. REQUISITOS

La STS de 18 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2633, reitera la doctrina jurisprudencial relativa a que el escrito de preparación del recurso, al exponer el núcleo básico de la contradicción y las sentencias con las que tal contradicción se produce, debe identificar suficientemente el sentido y alcance de la divergencia existente entre las sentencias de contraste, si bien no es necesario un análisis comparativo de las identidades, lo cual es objeto propio de la interposición del recurso. Es éste un defecto procesal insubsanable, además de tratarse de una omisión injustificada que afecta a la regularidad del procedimiento, al retrasar, también de forma injustificada, la firmeza de la sentencia de duplicación con el consiguiente perjuicio de la parte que obtuvo un pronunciamiento favorable.

14. RECURSO DE REVISIÓN

A) Documentos que habilitan el recurso

La STS de 12 de noviembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2667, establece una vez más los requisitos de los documentos recuperados que habilitan la revisión de una sentencia firme: (i) que los documentos se hayan recuperado después de la sentencia firme; (ii) que hayan sido retenidos por fuerza mayor o por la parte beneficiada en la sentencia; y (iii) que sean decisivos para la justa decisión de la litis. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 3 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2588, que desestima el recurso de revisión por entender que la no disposición del documento obtenido se debiera a fuerza mayor o a la actuación de la otra parte. En concreto, se trataba de una certificación emitida por una entidad de crédito que a su vez aclaraba y rectificaba otra anterior presentada como prueba documental por el recurrente de revisión y que sirvió de base para la estimación de la demanda por el Juzgado de lo Social. El TS declara que el demandante pudo y debió tener conocimiento del error cometido por la entidad de crédito en fecha anterior a la celebración del juicio por lo que tuvo la oportunidad procesal de subsanarlo, y en su caso, de alegar ese error dentro del proceso en la instancia.

B) Objeto

La causa de revisión prevista en el artículo 86.3 LPL sólo resulta aplicable cuando se cumplan con total exactitud los requisitos que se establecen en dicho artículo (sentencia penal absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo), debiendo interpretarse dicho artículo en un sentido estricto y rígido, puesto que lo contrario abriría una vía extemporánea e inadecuada para poder subsanar las deficiencias probatorias en que incurrieron los litigantes en la instancia. Así lo declara la STS de 10 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2711. Igualmente, la STS de 27 de noviembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2497, proclama la independencia de los órdenes jurisdiccionales penal y social respecto a la valoración de la prueba (salvo inexistencia de hecho o falta de participación del trabajador en el ilícito penal), por cuanto es distinta la

actividad probatoria desplegada en ambos órdenes, así como en el distinto grado de convicción judicial que exige la condena penal, en el que hay que atenerse a los principios de “presunción de inocencia” y al de “in dubio pro reo”.

15. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Plazo. Indemnización por Incapacidad permanente parcial anticipada por la Mutua

La cuestión controvertida consiste en determinar el plazo para solicitar la ejecución de una sentencia condenatoria al pago de una indemnización de Seguridad Social derivada de una incapacidad permanente parcial, por parte de una Mutua que ha anticipado la misma. La STS de 17 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2626, recapitula la doctrina sentada por la reciente STS de 14 de mayo de 2002, que determina la aplicabilidad del plazo de cinco años, por entender que dicha interpretación del artículo 241 LPL es la más adecuada, por cuanto atiende a la equiparación de los plazos de prescripción aplicables al reconocimiento del derecho en la fase declarativa y en la fase ejecutiva. Así, el TS considera totalmente desproporcionado aplicar la prescripción de un año a la ejecución de un derecho imprescriptible o que tiene en el ámbito sustantivo un plazo de cinco años.

B) Sentencias ejecutables. Devolución capital coste renta

La STS de 26 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2717, establece que el trámite de ejecución de sentencia es el cauce procesal adecuado para que una Mutua pueda pedir a la TGSS la devolución de parte del capital coste renta ya ingresado, y ello aunque no se imponga expresamente en el fallo la condena a dicha devolución, sin que sea necesario que la Mutua inicie un nuevo proceso para reclamar la citada parte del capital, por cuanto todos los elementos de la condena están fijados en la sentencia.

C) Liquidación de intereses

La STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2002, I.L. J 2537, declara que los intereses procesales nacen *ope legis*, sin necesidad de petición ni de expresa condena para su exigibilidad, la cual surge de forma automática en el porcentaje legal, desde que se concreta en la sentencia la cuantía líquida litigiosa hasta que dicha sentencia se ejecuta totalmente. En consecuencia, la consignación efectuada “a los efectos del artículo 56 ET” resulta intrascendente y no excluye el devengo de intereses, por responder a finalidad distinta. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Extremadura de 20 de diciembre de 2002, I.L. J 2927. Por su parte, la STS de 11 de diciembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 2610, establece en un caso de sucesión de empresa, que los intereses deben ser abonados por la empresa sucesora a pesar de no haber sido condenada en la sentencia ejecutada, en la medida en la que éstos tienen carácter indemnizatorio y la atribución de la responsabilidad solidaria al sucesor no tiene en cuenta la valoración de su conducta en orden al

XII. El Proceso Laboral

cumplimiento de la correspondiente obligación, sino que es una garantía objetiva del crédito de los trabajadores. Por el contrario, el recargo de mora de dos puntos, tiene un carácter punitivo con el que se trata de disuadir cualquier conducta dilatoria del deudor y, en consecuencia, se devenga a partir de la ampliación de la ejecución. En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de octubre de 2002, I.L. J 3089.

16. TEMERIDAD Y MALA FE

La STSJ de Valencia de 21 de febrero de 2002, I.L. J 2760, confirma la sentencia de instancia que impuso una multa al sindicato que articuló el proceso especial de tutela de libertad sindical con abuso de derecho, por cuanto ni siquiera se efectuó en la demanda una exposición argumental coherente con el tipo de pretensión ejercitada, constituyendo un “despropósito argumental” la supuesta persecución sindical alegada. El TSJ justifica la sanción como una alternativa para evitar litigios sin razón de ser, dada la gratuidad de la jurisdicción laboral y el riesgo de los abusos que al amparo de ésta puedan producirse en ocasiones. Igualmente, la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 3003, recapitula la doctrina judicial relativa a la imposición de la multa por temeridad contenida en las SSTSJ de Murcia y de Cataluña 12 de febrero de 2000 y de de 26 de febrero de 2001, respectivamente, considerando ajustada a derecho la decisión del juzgador a quo de imponer al demandado la sanción pecuniaria prevista en el artículo 97.3 LPL, al haber negado injustificadamente el abono de los salarios adeudados con la única intención de imponerle una sanción al margen del ordenamiento laboral.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

DANIEL CUBERO DÍAZ

MARINA MENGOTTI GONZÁLEZ

IKER RAMÓN PRIOR GARCÍA

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. La evaluación de riesgos: valoración correcta por parte de la empresa del riesgo existente. 2. La protección de la maternidad: subsidio por riesgo durante el embarazo. 3. El recargo de prestaciones. A) Procedencia. a) Los requisitos de aplicación. b) Existencia de un nexo causal. B) Improcedencia. a) Imprudencia temeraria del trabajador. C) Fijación de los criterios para la determinación del porcentaje. D) Responsabilidad solidaria. a) Absolución de la entidad aseguradora del pago solidario.

4. La responsabilidad del empresario en materia de prevención de riesgos laborales. A) Responsabilidad contractual del empresario. a) Existencia. b) El cálculo de la cuantía indemnizatoria. c) La responsabilidad civil solidaria de la empresa aseguradora. d) Incompetencia del orden social. e) La reclamación de cantidad por daños y perjuicios derivada de culpa empresarial: prescripción de la acción.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El presente comentario jurisprudencial compendia las Sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia en materia de seguridad en el trabajo recogidas en las crónicas 13 a 16 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 2464 a J 3178, año 2002).

Del análisis de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales no se deducen grandes novedades respecto a anteriores comentarios. Así, el recargo de prestaciones y la existencia de responsabilidad contractual por parte del empresario siguen siendo los temas principales, recogiéndose en el comentario diversas cuestiones relacionadas con su aplicación práctica. Como novedad hay que destacar la sentencia que reconoce el subsidio por riesgo durante el embarazo, diferenciándolo de la incapacidad temporal.

1. LA EVALUACIÓN DE RIESGOS: VALORACIÓN CORRECTA POR PARTE DE LA EMPRESA DEL RIESGO EXISTENTE

La STSJ de Murcia de 10 de diciembre de 2002, I.L. J 2580, desestima la solicitud de un trabajador que pretendía que la empresa le proporcionase unas gafas graduadas de protección antiimpacto con corrección óptica o, en defecto, su valor económico. Para el Tribunal, y en base a la prueba pericial realizada, el trabajador se encuentra perfectamente protegido con el nuevo sistema de gafas implantado por la empresa, puesto que sobre sus propias gafas graduadas lleva la protección de otras que cierran el paso a todo impacto directo o indirecto, incluidas las posibles salpicaduras que se puedan producir.

2. LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD: SUBSIDIO POR RIESGO DURANTE EL EMBARAZO

La STSJ de Aragón de 18 de noviembre de 2002, I.L. J 2833, reconoce la prestación por riesgo durante el embarazo. Así, frente a la negativa del DPINSS de Zaragoza de otorgar este subsidio, basándose en la falta de acreditación de los informes aportados que no demostraban que las condiciones del puesto de trabajo influyesen negativamente en la salud de la madre o en la del feto, se le concede a la actora dado que existe un alto riesgo de aborto, por lo que procede la aplicación del art. 134 LGSS.

Para ello, el TSJ de Aragón, siguiendo la doctrina del TSJ de Navarra de 27 de marzo de 2002, estima que estamos ante un nuevo suspenso del contrato de trabajo que debe ser diferenciado de la prestación por Incapacidad Temporal. En este sentido, el Tribunal define la situación protegida como:

“el período de suspensión del contrato de trabajo nacido de la imposibilidad técnica o la inexigibilidad del traslado del puesto de trabajo de la trabajadora embarazada cuando el ocupado habitualmente represente un riesgo para su salud o la del feto”.

Como tal, es la última medida a adoptar en el caso de riesgo para el estado biológico de la trabajadora al amparo de lo dispuesto en el art. 26 LPRL. El Tribunal resalta el *facto* de que:

“la situación tutelada es la de que exista un riesgo, no una patología ya diagnosticada, a la que no se refiere la Ley”.

En cuanto a la regulación legal de este supuesto de suspensión el Órgano jurisdiccional advierte que el cómputo de esta contingencia, cuya duración no está tasada, no puede quedar solapado con el de la Incapacidad Temporal ya que son situaciones diversas y, como tal, sus períodos de cómputo son distintos.

3. EL RECARGO DE PRESTACIONES

A) Procedencia

a) Los requisitos de aplicación

La STSJ de Madrid de 3 de octubre de 2002, I.L. J 2942, recuerda cuál es la naturaleza y requisitos que tienen que concurrir para aplicar el recargo de prestaciones.

Así, parte de la naturaleza de esta figura, recalcando que la misma tiene un eminente carácter sancionador de lo que se deduce su aplicación restrictiva e intrasferible, sólo imponible a las empresas infractoras de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Por ello, hay que probar, por un lado, que se ha producido una infracción grave, ya se deduzca de la inobservancia de medidas generales o particulares de seguridad e higiene, y, por otro, que entre la infracción y el resultado gravoso para la integridad física del trabajador existe una adecuada relación de causalidad, no interferida por causa de fuerza mayor, caso fortuito o imprudencia del propio afectado.

La misma línea interpretativa mantiene la STSJ de Extremadura de 26 de noviembre de 2002, I.L. J 3134. El Tribunal parte de que el recargo de prestaciones no es fruto de una responsabilidad objetiva imputable a la empresa exigible cada vez que se produzca un accidente de trabajo, sino que se trata de una responsabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa por vía de la culpabilidad. Por ello, dado su carácter sancionador, deber interpretarse de un modo restrictivo. Es más, aunque exista infracción no hay recargo si la infracción no es la causa del accidente, relación de causalidad que, por otra parte, ha de probarse.

A su vez, la STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2002, I.L. J 2892, profundiza en estas cuestiones señalando que el deber del empresario en esta materia es incondicionado y prácticamente ilimitado por lo que deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran, aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. Es cierto que el mero acaecimiento del accidente no implica necesariamente una violación de medidas de seguridad pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar, en todo caso, aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones.

Por lo que se refiere a los requisitos que tienen que concurrir, las STSJ de Andalucía de 24 de noviembre de 2002, I.L. J 2971, y la STSJ de Extremadura de 26 de noviembre de 2002, I.L. J 3134, señalan cuatro:

“A) La existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que dé lugar a las prestaciones ordinarias del Sistema de la Seguridad Social. B) La falta de adopción de medidas de seguridad e higiene y salud laborales establecidas, de modo genérico o específico, en normas jurídico-públicas. C) La existencia de nexo causal entre la falta y el siniestro. D) La existencia de un perjuicio causado por el siniestro.”

b) Existencia de un nexo causal

Uno de los requisitos apenas mencionados para imponer el recargo de prestaciones es la existencia de un nexo causal. Pues bien, es éste uno de los elementos de mayor controversia en esta materia ya que, en muchos casos, la defensa de los empresarios para no pagar el recargo se fundamenta en la ruptura de dicho nexo por causas imputables al trabajador o ajenas a la relación laboral.

La **STSJ de Castilla y León de 6 de noviembre de 2002**, I.L. J 2693, ratifica la existencia de un nexo causal entre la falta de diligencia debida en la empresa y el accidente ocurrido sin que sea suficiente para romper dicho nexo la posible imprudencia profesional del trabajador que, además de no constar acreditada en este caso, tampoco sería equiparable a la infracción cometida por el empleador:

“que debe garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, (...) incluso protegiendo al trabajador de su posible imprudencia profesional”.

En este caso concreto, el Tribunal tiene en cuenta que en la explanada reseñada no existía una zona de tránsito de personas debidamente protegida para evitar que las distintas máquinas que circulaban pudieran invadir esa zona de paso, no constando tampoco la existencia de señal alguna que prohibiera el paso de peatones por la misma ni que el actor hubiera recibido instrucciones de la empresa actora de que se prohibiera el paso por la explanada indicada.

En la **STSJ de Murcia de 23 de diciembre de 2002**, I.L. J 2862, el Tribunal estima que el exceso de confianza del trabajador no es equiparable a la imprudencia temeraria por lo que no tiene entidad suficiente para romper el nexo de causalidad.

Por último, la **STSJ de Extremadura de 26 de noviembre de 2002**, I.L. J 3134, afirma que la conexión causal tiene que ser adecuada, entre el siniestro productor del resultado lesivo para la vida o integridad de los trabajadores y la conducta pasiva del empresario consistente en omitir aquellas medidas de seguridad impuestas por la legalidad vigente. Para ello habrá que atender las circunstancias concurrentes de cada caso y la diligencia exigible a un prudente empleador con criterios ordinarios o de normalidad, para prevenir o evitar una situación de riesgo para la vida o salud de los trabajadores.

B) Imprudencia**a) Imprudencia temeraria del trabajador**

En este supuesto, el Tribunal, en la **STSJ de Andalucía de 24 de noviembre de 2002**, I.L. J 2971, estima que el nexo de causalidad quedará roto, y por lo tanto no procede impo-

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

ner el recargo de prestaciones, ya que existió una actuación temeraria por parte del trabajador:

“(…) fue el trabajador quien, con su actuación imprudente, fue causa eficiente del mismo al no tener anclado el cinturón de seguridad, ya que en caso contrario el accidente no hubiese podido ocurrir por lo que el nexo de causalidad queda roto”.

También la **STSJ de Aragón de 12 de diciembre de 2002**, I.L. J 2730, considera que no procede reconocer el recargo de prestaciones puesto que el empleador ofreció al trabajador otros puestos de trabajo, acordes con su enfermedad, cumpliendo de este modo con lo establecido en el art. 25 LPRL, y el trabajador los rechazó:

“el trabajador continuó por su propia voluntad en el puesto que venía desempeñando y la circunstancia de que la empresa no acudiese a medidas coercitivas para imponer su voluntad contra la voluntad del trabajador no puede ser suficiente para imponer el recargo”.

C) Fijación de los criterios para la determinación del porcentaje

En cuanto a los criterios a seguir para imponer la cuantía del recargo de prestaciones, la **STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2002**, I.L. J 2942, señala que el art. 123 LGSS no contiene criterios precisos en lo que se refiere a la fijación del porcentaje pero sí señala una pauta que no es otra que la gravedad de la falta. Ello supone reconocer un amplio margen de discrecionalidad al juez, limitado por los criterios de racionalidad y proporcionalidad. En este sentido, habrá de tenerse en cuenta la peligrosidad de la actividad, el número de trabajadores afectados, la actitud o conducta general de la empresa en materia de prevención, así como las instrucciones impartidas por el empresario en orden a la observación de estas medidas reglamentarias. En este caso, concurre una grave y alta dosis de imprudencia lo que justifica la imposición de un porcentaje del 50 por ciento.

Esta misma doctrina jurisprudencial es seguida en la **STSJ de Castilla y León de 6 de noviembre de 2002**, I.L. J 2693, para imponer un recargo del 40 por ciento atendiendo a la gravedad de la falta de medida de seguridad.

D) Responsabilidad solidaria

a) Absolución de la entidad aseguradora del pago solidario

La **STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2002**, I.L. J 2800, no admite la existencia de responsabilidad solidaria de la empresa aseguradora al no poder imputarse a la misma responsabilidad en la reparación de un evento dañoso ya que no estaba pactado en la póliza que la empresa aseguradora suscribió con una de las empresas condenadas al pago de la indemnización por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales.

4. LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

A) Responsabilidad contractual del empresario

a) Existencia

La STSJ de Castilla y León de 16 de diciembre de 2002, I.L. J 2754, recuerda que para que surja responsabilidad por daños y perjuicios no es suficiente con que exista una infracción de medidas de seguridad, sino que es preciso la concurrencia de un elemento subjetivo y culpabilístico del empresario.

En esta misma línea, y con el fin de demostrar la concurrencia de responsabilidad contractual del empresario, el pronunciamiento del Tribunal en su **STSJ de Murcia de 20 de diciembre de 2002**, I.L. J 2860, se basa en la existencia de un nexo causal entre la actitud omisiva de la empresa y el accidente sufrido. Para ello, el Tribunal repara en la teoría de la causalidad adecuada o eficiente para fijar, en cada caso concreto, la existencia de relación entre la acción u omisión –causa- y el daño o perjuicio –efecto-. En este sentido, hay que valorar en cada caso:

“si el acto que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido. Para ello, la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido marque en cada caso como límite de responsabilidad. Como se viene repitiendo si bien el art. 1902 descansa en un principio básico culpabilista, no se puede desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios sino, además, todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso (...), así como la aplicación de la responsabilidad basada en el riesgo, (...) todo lo cual permite entender que para responsabilizar una conducta no sólo ha de atenderse a esta diligencia exigible sino además al sector o entorno físico y social donde se proyecta la conducta para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiados y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio”.

En este caso, el Tribunal aprecia la existencia de nexo causal entre la actitud omisiva de la empresa y el accidente de trabajo. Así, el Órgano jurisdiccional tiene en consideración la ausencia de la titulación necesaria por parte del trabajador y de la preceptiva evaluación de riesgos y del plan de prevención por parte de la empresa. También se recalca en el *facto* de que los trabajadores carecían del instrumental necesario para realizar su actividad. De no haberse producido todas estas circunstancias se habría minimizado notablemente el riesgo de sufrir el accidente, pues bien el propio trabajador habría sido consciente del riesgo que corría o bien la empresa le habría prohibido el desempeño de la actividad.

El Tribunal considera que, en este caso, el nexo causal no queda roto por imprudencia del trabajador ya que lo determinante fue la infracción de medidas de seguridad por

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

parte de la empresa. Por otra parte, tampoco concurre la nota de previsibilidad del evento dañoso imprescindible para que pueda apreciarse imprudencia temeraria en la conducta del trabajador.

En último lugar, este Órgano jurisdiccional aprecia la existencia de responsabilidad contractual a pesar de que el accidente se produjese fuera del horario habitual de trabajo. Según el parecer del Tribunal, esta circunstancia no implica que nos encontremos fuera de la relación laboral ya que ésta incluye prestaciones extrasalariales que también entran en la esfera de ejecución del contrato de trabajo en tanto que derivan directamente del vínculo contractual. En palabras del Tribunal lo importante es encontrarnos ante:

“(…) un ámbito productivo generador de una situación de riesgo que debía controlar la empresa por lo que no puede considerarse ajeno a la relación contractual misma”.

A su vez, la **STSJ de Valencia de 9 de abril de 2002**, I.L. J 2788, corrobora la existencia de responsabilidad a título de culpa imputable al empresario basándose en:

“(…) la obligación del empresario de adoptar cuantas medidas sean necesarias en orden a la más perfecta organización y plena eficacia de la debida prevención de los riesgos que puedan afectar a la vida, integridad y salud de los trabajadores al servicio de la empresa (...) por lo que existe una responsabilidad a título de culpa imputable al empresario quien por ello viene obligado a resarcir el daño causado”.

b) El cálculo de la cuantía indemnizatoria

En la **STSJ de Murcia de 23 de diciembre de 2002**, I.L. J 2862, se indican los criterios que informan la fijación de la cuantía indemnizatoria. Así, ésta debe ser razonable y proporcional a la responsabilidad de la empresa por no haber previsto los elementos de seguridad precisos para circunstancias excepcionales. El Tribunal afirma que la obligación de indemnizar no es consecuencia necesaria del incumplimiento, sino que es preciso demostrar la realidad de los daños alegados, no admitiéndose los supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre.

En cuanto a si la cuantía es o no proporcionada, el Tribunal, en su **STSJ de Valencia de 9 de abril de 2002**, I.L. J 2788, entiende que no es excesiva para la reparación del resultado dañoso ya que el causante tenía 21 años y su salario constituía, junto con la pensión de jubilación del padre, la única fuente de ingresos con la que contaba la unidad familiar.

En esta misma línea, la **STSJ de Castilla y León de 16 de diciembre de 2002**, I.L. J 2754, señala que la indemnización no debe exceder el daño o perjuicio, esto es, que los daños no pueden enriquecerse injustamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de una compensación plena. Por ello no se puede admitir la duplicidad de las indemnizaciones reparadoras del daño sufrido. Esta doctrina lleva al Tribunal a declarar que procede detraer las prestaciones de seguridad social que le corresponden al trabajador del quantum indemnizatorio, teniendo en cuenta, además, que concurrió culpa por parte del trabajador accidentado.

c) La responsabilidad civil solidaria de la empresa aseguradora

En la STSJ de Murcia de 20 de diciembre de 2002, I.L. J 2860, el Tribunal aprecia la existencia de responsabilidad civil solidaria de la empresa aseguradora ya que el accidente no se produjo dentro de la jornada laboral y en el ejercicio de las funciones a las que el trabajador venía obligado. En este caso concreto, la empresa aseguradora estaba únicamente excluida de responsabilidad frente a los asalariados mientras éstos actuasen en el ámbito de dependencia del asegurado, exonerante que se extiende durante la ejecución de obras o servicios que conforman el contenido de la relación laboral pero que no se puede apreciar en este caso por la circunstancia ya expuesta.

d) Incompetencia del orden social

La STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 2002, I.L. J 2579, rechazó pronunciarse si un tercero, que no es el empresario del trabajador que fallece en el accidente y que, además, es una persona ajena a la relación laboral entre ambos, tiene o no responsabilidad ya que esta cuestión no es de su competencia. La jurisdicción social únicamente es competente para el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre los empresarios y los trabajadores pero no para dilucidar si un tercero, ajeno a la relación laboral, es responsable del daño causado y, por lo tanto, debe responder civilmente.

e) La reclamación de cantidad por daños y perjuicios derivada de culpa empresarial: prescripción de la acción

En STSJ de Murcia de 2 de diciembre de 2002, I.L. J 2578, se desestima una demanda de un trabajador que reclamaba una cantidad económica por un accidente de trabajo producido por la falta de medidas de seguridad. En este caso, el Tribunal aprecia la excepción de prescripción ya que el trabajador no interpuso la demanda penal en el plazo previsto, lo que supone que su derecho ha prescrito, prescripción que afecta al resto de Órdenes jurisdiccionales:

“(…) pues el transcurso de los plazos no puede dejarse al puro arbitrio de la parte y, además, dejar constancia de que se está en presencia de un caso singular, con connotaciones propias, en que la solución dada en lo penal fue la prescriptiva, y ello incide necesariamente en la solución del litigio”.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN
MARGARITA APILLUELO MARTÍN
MANUEL GONZÁLEZ LABRADA
ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**J.A. ESPEO SANTIAGO, F. FERNÁNDEZ ZAPICO,
M. ESPEO EXPÓSITO y B. FERNÁNDEZ MUÑIZ**

Seguridad en el trabajo. Manual para la formación del especialista (2.ª edición)

[Lex Nova, Valladolid, mayo 2003, 1.008 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que ya alcanza su segunda edición, está dirigido hacia aquellas personas interesadas en ampliar sus conocimientos y especializarse en la rama de Seguridad en el Trabajo tras haber seguido el estudio correspondiente a la parte obligatoria del Curso Superior de Prevención de Riesgos Laborales.

Asimismo, la obra constituye una óptima herramienta para ser utilizada por los técnicos en prevención de nivel superior dedicados a la disciplina de Seguridad y por los técnicos proyectistas cuya función sea la de revisar lugares de trabajo, instalaciones o centros de empresa con el fin de adecuarlos a las pertinentes exigencias legislativas en la materia.

Los autores, de forma clara y minuciosa, hacen un análisis de los posibles y más habituales riesgos de distintas actividades laborales (estructuradas en catorce capítulos) las cuales vienen a ser una fiel representación de casi la totalidad de la población trabajadora. Dicho análisis se realiza tomando en consideración factores como el volumen de trabajo, número de personas expuestas al posible perjuicio y el propio riesgo o porcentaje de que éste ocurra como consecuencia del desempeño de tales actividades.

El estudio de estas diversas profesiones no es hermético, es decir, no se cierra con la lista de

actividades recogidas en los capítulos del libro, ya que muchas de las recomendaciones sugeridas para éstas son extrapolables a otras que tienen en común con las primeras equipamientos, puestos de trabajo, métodos profesionales, etc. Esto pone de relieve el amplísimo terreno abarcado por el contenido del manual.

Antes de entrar en cada materia concreta se ofrece al lector una breve, pero precisa, introducción para ponerle en contacto con el tema que va a ser objeto de desarrollo en las sucesivas páginas.

Las distintas cuestiones abordadas se ven complementadas, en algunos casos, con textos legales, recogidos (de forma literal) por razón de su importancia y habitualidad del uso que se hace de ellos en el ámbito preventivo.

Temas tan novedosos como el de la incorporación de la mujer a un sector tan tradicionalmente masculinizado como es la prevención de riesgos laborales o tan necesitado de regulación como el de los probables perjuicios para la salud que traen consigo empleos ya catalogados como “peligrosos” y con altos índices de siniestralidad (minería, construcción...) son examinados con coherencia y objetividad poniendo de manifiesto la gran experiencia acumulada por los autores.

En definitiva, sirviéndose de la obra se hallan respuestas y soluciones, fácilmente asimilables y comprensibles para el lector, a los múltiples problemas y conflictos de empresa que tan cotidianamente surgen en la esfera de la Seguridad de los trabajadores durante el desempeño de sus trabajos.

Finalmente, hay que resaltar el hecho de que la publicación haya alcanzado una 2.ª edición como prueba de su éxito, conseguido dentro de un mercado tan complejo y novedoso como la prevención de riesgos laborales.

B. SÚAREZ CORUJO**Los Planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores**

[Lex Nova, Valladolid, mayo 2003, 736 páginas]

LEX NOVA

En esta obra, SUÁREZ CORUJO se adentra en el estudio de una materia tradicionalmente tan marcada por la incertidumbre y de tan reciente regulación por nuestro Derecho positivo como son los planes y fondos de pensiones, configurados como uno de los mecanismos integrantes del sistema de protección social.

El libro, que se divide en tres capítulos, se centra fundamentalmente en dos cuestiones de principal importancia: de un lado, la negociación colectiva como fuente de creación de dichos planes y fondos y, de otro, los rasgos propios de su ordenación interna.

El capítulo primero, a modo de introducción, lleva a cabo un detallado análisis de la protección social voluntaria. El autor la conceptúa, repasa su evolución histórica en el sistema español (adecuando la versión originaria de la Ley 8/1997, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones a la redacción actual de la misma aprobada por Real Decreto-Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre) y describe su papel en el ámbito comunitario, así como su influencia en el ordenamiento español.

La monografía se introduce, en el segundo capítulo, en el terreno de la negociación colectiva como fuente de un plan de pensiones del sistema de empleo, tanto en lo relativo a sus presupuestos normativos como en lo referente a los convenios colectivos (inserción en ellos de los planes de pensiones, sucesión de convenios colectivos, modificación del convenio colectivo vigente, etc.)

El tercer y último capítulo abarca más de la mitad de la obra. En él es de destacar el pormenorizado examen que se hace de los principios reguladores de los planes de pensiones, ya que dicho análisis es el primero sobre tales principios que se ha realizado por la doctrina hasta el momento.

Posteriormente, se desarrollan los principios de voluntariedad, ya sea en su manifestación institucional o individual; de no discriminación en el acceso, en las condiciones de contratación o en los supuestos de introducción de subplanes; de capitalización individual como reflejo de la necesidad real de que las prestaciones abonadas se correspondan de manera fiel y exacta con los recursos acumulados en el fondo; de irrevocabilidad de las aportaciones para que el compromiso de llevarlas a cabo no sea modificada por la sola voluntad del promotor; de atribución de derechos en el sentido de aclarar que los únicos titulares de los recursos propios del plan en cuestión son los partícipes y beneficiarios, y, por último, el principio de integración obligatoria en un fondo de pensiones, el cual exige una conexión instrumental que debe darse entre las figuras del plan y del fondo de pensiones, ya que no podría existir el uno sin el otro.

El manual se completa con una extensa y útil bibliografía que puede servir de orientación ampliadora a los interesados en la materia.

En conclusión, el libro constituye una aportación innovadora de una elevadísima calidad técnica, siendo de gran ayuda para asimilar el régimen jurídico del sistema de protección social dirigido a satisfacer las necesidades de un sinfín de personas y a proporcionar respuestas que, aunque transgresoras y novedosas, aporten un cambio de perspectiva necesario respecto a la tradicional unidad que la doctrina ha mantenido en este tema.

Estamos, pues, ante una obra imprescindible para especialistas, investigadores científicos o profesionales relacionados con la materia.

