

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 CÁDIZ.
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:

DEDICATORIA:

- [5] In memoriam: Manuel Alonso Olea

EDITORIAL:

- [7] Salvamento de empresas, concurrencia de convenios y otros pronunciamientos recientes en materia de sucesión de empresas

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

JESÚS R. MERCADER UGUINA

DOCTRINA:

- [13] Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado

MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

- [35] Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres

EUGENIA REVILLA ESTEVE

- [61] Encadenamiento de contratas y subcontratas de obras y servicios

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

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

- [119] IV. MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [131] V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL

JESÚS R. MERCADER UGUINA

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

MARÍA DEL CARMEN ORTIZ LALLANA

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

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA

- [197] VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

JAVIER GÁRATE CASTRO

- [205] IX. SEGURIDAD SOCIAL

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

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

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

- [251] XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET

- [255] XII. EL PROCESO LABORAL

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

- [271] XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

[277] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

DEDICATORIA

IN MEMORIAM: MANUEL ALONSO OLEA

El reciente fallecimiento del profesor Manuel Alonso Olea ha conmocionado profundamente a la comunidad de los laboralistas. Manuel Alonso Olea es el maestro de todos y su irreparable pérdida da lugar a una dolorosa “orfandad”. El profesor Alonso Olea es una figura irrepetible e imprescindible, ocupando un lugar central y cardinal en el Derecho español del Trabajo, en el Derecho del Trabajo “a secas” y, en fin, en el Derecho, pues no es exagerado decir que se trata de un jurista español universal y hasta de un intelectual español universal, pues su rica e inmensa curiosidad le hizo autor de importantes estudios de, entre otras disciplinas, filosofía e historia de las ideas, las cuales, si bien se mira, enriquecen al jurista y le hacen mejor jurista.

Creador y sistematizador del Derecho español del Trabajo, Manuel Alonso Olea es autor de una obra inmensa y de excelencia inigualable, entre las que resulta obligado citar sus imprescindibles libros *Instituciones de Seguridad Social* (1.ª ed., 1959; 18.ª ed. 2002), *Introducción al Derecho del Trabajo* (1.ª ed. 1962; 6.ª ed. 2002), *Derecho Procesal del Trabajo* (1.ª ed. 1969; 12.ª ed. 2002) y *Derecho del Trabajo* (1.ª ed. 1971, 20.ª ed. 2002). Causa una admiración, asombro y respeto sin límites que estas cardinales obras –de obligado conocimiento y que siempre dicen algo y en las que siempre se aprende algo, por muchas veces que se hayan leído y releído– fueran escritas por una sola persona, el entonces joven profesor Manuel Alonso Olea. Y causa el mismo respeto y admiración que, ya con la ayuda desde hace años de algunos de sus más caracterizados discípulos, la última edición de estos cuatro libros sea de 2002. Ello define de forma sobresaliente al ejemplar trabajador infatigable que fue el profesor Alonso Olea, a quien todos hemos visto trabajando siempre sin desmayo literalmente hasta el final de sus días, como hacía con todas sus múltiples obligaciones y compromisos como profesor y como académico de número de dos de nuestras Academias (de Jurisprudencia y Legislación y de Ciencias Morales y Políticas).

La trayectoria profesional de Manuel Alonso Olea es verdaderamente impresionante: Letrado del Consejo de Estado y del Instituto Nacional de Previsión a una edad tempranísima, abogado durante unos pocos años, Presidente del Tribunal Central de Trabajo afortunadamente durante muchos, académico de número de las Academias citadas, Presidente de las más importantes Asociaciones españolas e internacionales de laboralistas, Catedrático de Derecho del Trabajo de varias Universidades, Doctor *honoris causa* de Universidades españolas y extranjeras, autor de varios cientos de importantísimas obras

científicas, director de la *Revista de Política Social* primero, y de la *Revista Española de Derecho del Trabajo*, después (¡con cuánta energía y dedicación organizó el relevante núm. 100 de esta última Revista!). Y el caso es que en todas estas instituciones, actividades y profesiones Manuel Alonso Olea ha dejado una profunda huella y un importante legado.

Pero si importante es la trayectoria profesional de Manuel Alonso Olea, lo es todavía más su trayectoria humana y vital y los valores y el hondo impacto que producía la impagable compañía y presencia de Manuel Alonso Olea. En esta trayectoria vital, como todos bien sabemos, ocuparon el lugar central su esposa, Angelines García Ochoa, y sus seis hijos (Rosa María, Enrique, Angelines, Reyes, Ricardo y Belén). Les transmitimos a todos ellos desde aquí nuestro más sentido, emocionado y entrañable pésame.

EL CONSEJO ASESOR

Editorial

SALVAMENTO DE EMPRESAS, CONCURRENCIA DE CONVENIOS Y OTROS PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES EN MATERIA DE SUCESIÓN DE EMPRESAS

Los últimos años han venido caracterizados, entre otros, por dos fenómenos que han afectado decisivamente la vida de las empresas: las reestructuraciones empresariales y la globalización de los mercados. Las fusiones, adquisiciones y ofertas públicas de acciones, han sido formas típicas de integración empresarial a través de las cuales se producen los referidos procesos en una línea que tiende hacia la concentración de los esfuerzos empresariales. Las grandes empresas miran hacia la construcción de un modelo federal de algunos países y lo aplican a sus organizaciones, con el fin de que los diferentes negocios de la empresa actúen con autonomía, pero cohesionados. Hoy se llama federación empresarial a diversos fenómenos: a una matriz interna con importante descentralización; a una matriz externa o red; a una agrupación de empresas que tienen algún nexo; a un holding, etc. Las importantes economías de escala que a través de tales vías se alcanzan, la creciente estandarización de las preferencias de los consumidores por ciertos productos y la creación de bloques económicos como el de la Unión Europea explican esta tendencia. Son los anteriores factores los que han provocado procesos de agrupación y concentración empresarial en aquellos sectores altamente globalizados que ven en estas técnicas la solución a sus problemas hallando una mayor eficiencia en sus operaciones y una notable reducción en los costes. En este contexto cobran especial interés los problemas vinculados con la transmisión de empresas y los problemas laborales que con ella se vinculan. El interés por esta materia ha crecido en los últimos tiempos como consecuencia de la reciente reforma del art. 44 ET por la Ley 12/2001, por lo que el presente Editorial se centrará en algunos problemas prácticos de interés que se vienen suscitando en relación con el referido tema en la jurisprudencia reciente de nuestro Tribunal Supremo.

Una primera cuestión que suscita el art. 44 ET se vincula con el particular régimen de sucesión de empresas aplicable a las empresas de economía social que se constituyen a partir de una empresa en crisis, bien tras un proceso de reconversión mercantil (transformación del tipo jurídico de empresa), bien por su constitución *ex novo* aprovechando los elementos patrimoniales de la anterior empresa. Estos procesos de *spin-off* se producen con relativa frecuencia y surgen cuando un grupo de trabajadores, o la totalidad, decide continuar con la actividad del empresario que cesa en su actividad a través de la inversión de sus indemnizaciones por fin de contrato y sus prestaciones de desempleo en su moda-

lidad de pago único en la continuación de la actividad empresarial. Un fenómeno que ha sido bautizado como de “salvamento” o “reflotación” de empresas (Desdentado).

La cuestión tiene cierta tradición en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, así las SSTS 16 de mayo de 1987 y 13 de diciembre de 1989 ya se habían enfrentado con esta cuestión y habían resuelto, con palabras del primero de los pronunciamientos citados, que “la iniciación de una nueva actividad en el mismo sector industrial, utilizando las antiguas factorías adaptadas, por empresa constituida en base a subvenciones públicas con la finalidad de que sea competitiva y genere empleo, interviniendo la autoridad laboral, no debe producir consecuencias ajenas a esa finalidad, ni encuadrarse, por tanto, en el supuesto ordinario de cambio de titularidad en una empresa, porque las antiguas se entendieron en definitiva invariables en los aspectos industrial y laboral”. Los pronunciamientos aparecidos en unificación de doctrina mostraron una tendencia claramente restrictiva influidos por la sospecha de fraude que podía acompañar a este tipo de procesos.

Por ello en las SSTS 16 de noviembre de 1992, 15 de febrero de 1993, 20 de marzo de 1993, 17 de mayo de 1993, 16 de julio de 1993, 23 de noviembre de 1993 y 22 de diciembre de 1993 el Tribunal Supremo sostuvo que el art. 44 ET es aplicable en aquellos supuestos de sucesión encubierta de empleados que, tras extinción en expediente de regulación de empleo, comienzan sin solución de continuidad a prestar servicios para una nueva empresa a la que transmiten los elementos de la organización empresarial. También suplicación se había resuelto en el mismo sentido, aplicando el art. 44 ET cuando, tras la extinción de los contratos, los trabajadores constituyen una nueva sociedad que, con los elementos patrimoniales de la anterior, continúan la actividad empresarial.

Sin embargo, esta línea doctrinal queda cuestionada tras las SSTS 15 de abril de 1999 y 11 de abril de 2001. Los referidos pronunciamientos subrayan que cuando a través de “un conjunto coordinado de acciones”, los trabajadores afectados por el cese de la empresa en que prestaban servicios inicialmente lanzan “un nuevo proyecto empresarial, utilizando algunos elementos patrimoniales y relaciones comerciales del anterior empleador, pero también asumiendo un nuevo riesgo empresarial y aplicando a ese nuevo proyecto el importe capitalizado de las prestaciones de desempleo”, tal actuación “no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral”, como muestran el art. 228 de la LGSS y el Real Decreto 1044/1985, aparte de que “la subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo, que debe interpretarse de acuerdo con esa finalidad”. Con todo, como ha señalado Desdentado, “no se trata propiamente de una excepción a la aplicación de la regla del art. 44 ET, sino de un criterio interpretativo que pondera las circunstancias especiales que concurren en estos casos”.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo en su STS 19 de julio de 2002, reitera la doctrina unificadora de la Sala 4.^a, desestimando la oportunidad de exigir a una sociedad anónima laboral en la que se integran como titulares los trabajadores de una sociedad anónima en

crisis, las deudas contraídas por esta última con la Tesorería General de la Seguridad Social. Desde una interpretación finalista, las previsiones en materia de subrogación empresarial pretenden defender la posición de los trabajadores frente a situaciones de cambio de empresario, manteniendo por esta vía los derechos de quienes se ven sometidos a un cambio de empresario. Por ello, el régimen jurídico previsto en el art. 44 ET no debe aplicarse en los supuestos estudiados por más que ambas sociedades poseen idéntica actividad, objeto social, domicilio, medios de producción, trabajadores y apoderado, cuando se aprecia un conjunto coordinado de acciones de los trabajadores afectados por el cese de la empresa para lanzar un nuevo proyecto empresarial utilizando algunos elementos patrimoniales y relaciones comerciales del anterior empleador, pero también asumiendo un nuevo riesgo empresarial y aplicando a ese nuevo proyecto el importe capitalizado de las prestaciones de desempleo, esta actuación no sólo es en principio lícita, sino que merece la protección del ordenamiento jurídico laboral.

Otro problema resuelto por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo es el relativo a la exigencia de consentimiento expreso o tácito al trabajador afectado como requisito constitutivo de la sucesión contractual. El problema ha sido abordado por la jurisprudencia comunitaria en los supuestos de empresas en crisis, en concreto en la STJCE 12 de noviembre de 1998, asunto C-399/96, *Europièces SA, en liquidación, c. Wilfried Sanders y Automotive Industries Holding Company SA en quiebra* que declara que el apartado 1 del art. 1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo “se aplica cuando una sociedad en liquidación voluntaria transmite total o parcialmente su activo a otra sociedad que luego imparte órdenes al trabajador y acerca de las cuales la sociedad en liquidación sostiene que deben ser cumplidas”, que “el apartado 1 de art. 3 de la Directiva no impide que un trabajador empleado por el cedente en la fecha de transmisión de empresa se oponga a la cesión de su contrato o de su relación de trabajo al cesionario, siempre que el trabajador adopte dicha decisión libremente”, añadiendo que “corresponde al órgano jurisdiccional de remisión determinar si el contrato de trabajo propuesto por el cesionario implica una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador” y que “en dicho supuesto, el apartado 2 del art. 4 de la Directiva exige a los Estados miembros que establezcan que la resolución es imputable al empresario”. No obstante, las SSTS (4.^a) 29 de febrero de 2000 y 11 de abril de 2000 afirman que, cuando la subrogación empresarial se produce no por la directa aplicación del art. 44 ET sino porque así lo prevé el pliego de condiciones de la contrata es preciso, para que tal subrogación se produzca, el consentimiento del trabajador.

Este problema se ha suscitado en el marco de los acuerdos de liberalización del transporte aéreo. En tales supuestos, las SSTS de 18 de septiembre y 7 de noviembre de 2002, entre otras, han rechazado la aplicación del art. 44 ET, invocando en su lugar lo preceptuado por el art. 1205 y 1257 del Código Civil, norma que permite reconocer individualmente a los trabajadores afectados por la transmisión empresarial el derecho a decidir su pase a la nueva empresa o su permanencia en la empresa originaria, consentimiento del trabajador que no podrá ser sustituido por lo dispuesto en un acuerdo colectivo.

Finalmente, gran número de problemas está suscitando en la práctica la concurrencia de convenios en el marco de la sucesión de empresas. Si bien es cierto que el art. 44.4 ET ha

dotado de soporte legal a esta cuestión muchos son los interrogantes que deja abiertos el referido precepto. El tenor literal del apartado 4 del nuevo art. 44 ET es el siguiente: “Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida”. A la regla anterior se han añadido ciertas precisiones que dotan al precepto legal de una notable complejidad. En principio, se mantienen provisionalmente para los trabajadores afectados las condiciones convencionales de empleo y trabajo que regían en la empresa transferida “en el momento de la transmisión”. Esta regla legal de mantenimiento provisional de las condiciones anteriores de empleo y trabajo de los trabajadores afectados es “dispositiva” en términos relativos: cabe el pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores.

La STS 11 de octubre de 2002 aborda el problema de determinar el marco convencional por el que se rigen las relaciones de trabajo de los trabajadores que fueron objeto de una cesión por pertenecer al área de negocio afectada por un proceso de absorción entre empresas. La cuestión, señala el Tribunal Supremo, “consiste en determinar si como consecuencia de la subrogación producida, los trabajadores han tenido y conservan los discutidos derechos, o, por el contrario, como afirma la sentencia recurrida, al no disfrutar de los mismos en el momento del traspaso o cesión, octubre de 1997, no cabe invocar en octubre de 2000 como derecho lo que nunca pasó de ser una mera expectativa”.

Considera el referido pronunciamiento que resulta plenamente aplicable al caso de autos la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su STS 22 de marzo de 2002, en la que se sintetiza toda la doctrina de la Sala en materia de subrogación ex artículo 44 ET, y se proyecta sobre un supuesto en el que los trabajadores cedidos pertenecientes a varias empresas de un grupo que fueron absorbidas por la cesionaria; aquellas empresas tenían cada una de ellas Convenio propio en situación de ultractividad y la última no lo tenía. La Sala afirma que un Convenio en esa situación, denunciado pero no sustituido por otro, mantiene “vivas” sus cláusulas normativas y por ello ha de mantenerse su aplicación a los trabajadores cedidos hasta que un nuevo Convenio resulte aplicable.

En la referida sentencia se dice literalmente que: “1) La sucesión de empresa operada por la vía del art. 44 ET, no supone la pérdida automática de las condiciones de trabajo existentes en la empresa cedente, de acuerdo con el principio de continuidad de la relación de trabajo que acoge el precepto. 2) Dicho principio no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba. Lo contrario supondría condenar al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos –como el presente– de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores. 3) Quiere ello decir que por vía de convenio colectivo posterior al cambio de titularidad de la empresa, se puede proceder a tal regulación homogénea de condiciones de trabajo. De modo que en

el futuro los trabajadores habrán de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulen la relación laboral con el nuevo empleador. Tal interpretación no se opone, sino que se ajusta a lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 77/187, ratificada por España, puesto que ésta en su artículo 3.3 limita la obligatoriedad del cesionario de mantener las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo aplicable a la cedente o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. (Así lo reconoció la sentencia del TJCE de 12-11-1992, asunto *Watson Rask*)”.

Continúa señalando el Tribunal Supremo que: “la finalidad de protección de los trabajadores que son objeto de cesión no cabe perderla de vista para resolver el asunto. Realmente la Directiva contiene determinadas limitaciones temporales de los derechos de aquéllos –hasta la extinción del Convenio o hasta la entrada en vigor de uno que resulte aplicable–. Pero una vez que se ha dejado sentada la premisa de que el Convenio soporte de los derechos que portan los trabajadores cedidos es el XV, que se encuentra en situación de prórroga legal y no el XIV, que indudablemente está extinguido, es claro que no se ha producido ninguna de las dos previsiones que contempla la Directiva como límite, pues ni se ha extinguido el Convenio, ni se ha acreditado la existencia de uno nuevo que rijan las relaciones laborales de los trabajadores cedidos”. Por ello, concluye, “el marco de las relaciones de trabajo de los actores en el momento de la cesión u consiguiente subrogación era el XV Convenio Colectivo, cuyo artículo 28 contenía la expresión de un derecho cierto, que regulaba las cargas económicas que pesaban sobre la empresa en caso de que decidiese trasladar a los trabajadores desde el centro de Leganés a Madrid. Éste era el instrumento que contenía el acervo de derechos que la empresa cesionaria estaba obligada a mantener a los trabajadores cedidos hasta que esas condiciones fuesen sustituidas, tal y como ha dicho la jurisprudencia de esta Sala en las sentencias antes citadas, por otras de naturaleza convencional o legal, para evitar precisamente la petrificación de las relaciones de trabajo de determinados colectivos y permitir la necesaria homologación y uniformidad de situaciones laborales en una empresa”.

Ignacio García-Perrote Escartín
Jesús R. Mercader Uguina

Nuevas modalidades de prestación de trabajo. El trabajo realizado en el marco del voluntariado⁽¹⁾

MARÍA DEL MAR RUIZ CASTILLO y
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

Profesores de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Almería

Sumario:

1. Introducción: ¿un retorno a las actividades caritativas? 2. Nuevas realidades laborales. El trabajo gratuito. 3. Características básicas de la prestación de trabajo en el ámbito del voluntariado. Vínculos y divergencias entre el voluntario y el asalariado de la entidad sin ánimo de lucro. 4. Análisis jurídico-positivo del voluntariado. A) Caracteres legales del voluntariado. B) Naturaleza jurídica del compromiso de incorporación del voluntario. C) Posible aplicación de los principios jurídico-laborales al desarrollo de la actividad del voluntariado. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN: ¿UN RETORNO A LAS ACTIVIDADES CARITATIVAS?

La realidad laboral se ha visto presidida, en los últimos tiempos, por la proliferación de toda una serie de supuestos de prestación de actividad laboral que, sin embargo, no han encontrado una acogida conveniente en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, al no encajar en los perfiles definidos por el mismo. Presidido éste por un estrecho concepto de trabajador por cuenta ajena y dependiente, ha vuelto la espalda a una serie de manifestaciones nuevas y que, por ello mismo, no encajan convenientemente en esos límites. Un ejemplo en este sentido estaría constituido por el de los trabajos prestados al margen de las reglas tradicionales del mercado de trabajo, en especial, aquellos realizados a título

(1) Este estudio es fruto de un proyecto I+D, BJU 2001/34993, financiado con cargo al Plan Nacional de Investigación, para el bienio 2002-2004, "Trabajo y actividad profesional a la altura del siglo XXI. Una investigación desde el Derecho del Trabajo".

lo gratuito o a cambio de una mera compensación por gastos², de un precio inferior al de su valor en dicho mercado, en definitiva³.

En este nuevo contexto es de destacar, a los efectos de este estudio, el supuesto del trabajo prestado a favor de una entidad pública o privada sin ánimo de lucro⁴. De hecho, el papel que las entidades sin ánimo de lucro vienen asumiendo en los últimos tiempos como empleadoras de importantes contingentes de personas, encaminado a prestar unos servicios que el llamado Estado del Bienestar venía desarrollando hasta hace algunos años, así como las especialidades de las prestaciones de servicios realizadas en su favor, han sido prácticamente obviados por parte de nuestra doctrina. La organización estatal se retrae en cuanto sujeto que organiza la prestación de servicios a los distintos colectivos de ciudadanos, dejando dicha función, en buena medida, en manos de organismos de derecho privado⁵. En este sentido, la importancia alcanzada por este sector desde la perspectiva del empleo ha conducido a considerarlo como uno de los tres grandes sectores de la estructura social del Estado de Derecho: el sector público, el sector privado mercantil y el sector privado no lucrativo⁶. Desde esta división tripartita de la estructura social, han sido numerosas las voces que han tratado de interpretar este tercer sector como el eslabón perdido entre el ciudadano y el Estado. Desde esta perspectiva, vendría a convertirse en el mecanismo ideal para estructurar la sociedad civil, —canalizando, pues, la necesaria participación de los ciudadanos—, así como en un necesario yacimiento de empleo —en caso de que se retribuya— en el que insertar a aquellos trabajadores excedentes tras la implantación en el sector productivo de las nuevas tecnologías⁷.

(2) Desde antiguo nuestra legislación y jurisprudencia se ha hecho eco de los denominados trabajos a título de amistad, benevolencia y buena vecindad [art. 1.3.d) ET] con la finalidad expresa de excluirlos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo porque se trata de “servicios que se prestan a —u obras que se ejecutan para— otro a título absolutamente gratuito, trayendo de la gratuidad sin más su causa”. ALONSO OLEA, M., “Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, en CRUZ VILLALÓN, J., (ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, CARL, Tecnos, Madrid, 1999, p. 16. El panorama actual de esta genérica exclusión entendemos que ha variado sustancialmente, como tendremos oportunidad de desarrollar. No compartimos la opinión de que el voluntariado sea, en exclusiva, “la benevolencia organizada para la prestación de servicios benévolos”; entendidos como “aquellos que se prestan por la satisfacción psicológica que la prestación produce en quien la da, o por la adhesión a una causa o doctrina, o en búsqueda de un entretenimiento festivo”. ALONSO OLEA, M., “Reflexiones actuales...”, cit., pp. 19 y 18.

(3) Un debate similar al que aquí plantearemos se viene desarrollando desde hace tiempo en torno a la figura del becario: no existe relación laboral y la retribución es compensatoria y no salarial. Es la otra cara de la moneda. En este caso la causa también es gratuita, porque al otorgante de la beca no le mueve otra finalidad que el altruismo. GOÑI SEÍN, J.L., “La inserción profesional de los jóvenes en la empresa a través de las becas”, RL, 1986-II, p. 419. Sobre el panorama más reciente y la diversificación de supuestos: GONZÁLEZ ORTEGA, S., “Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?”, en CRUZ VILLALÓN, J. (ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo...*, cit., pp. 123 y ss.

(4) Pero téngase en cuenta que el trabajo benévolo excluido puede abarcar supuestos de prestación de servicios gratuitos para entidades privadas con otros fines no benéficos, como ha venido admitiendo nuestra jurisprudencia: ALONSO OLEA, M., “Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, cit., p. 18.

(5) Este riesgo es advertido en la propia Exposición de Motivos de la Ley 17/1998, de 25 junio, del Voluntariado en el País Vasco.

(6) Cfr. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., “La progresiva extensión del ‘trabajo cívico’ y otros pronunciamientos jurisprudenciales de interés”, *Justicia Laboral*, núm. 9, 2002, pp. 5 y ss.

(7) RIFKIN, J., *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Piadós, Barcelona, 1997, pp. 180 y ss.

Descendiendo al plano de la realidad práctica, se aprecia, no obstante, cómo los objetivos teóricos, así como las necesidades a cubrir por las entidades sin ánimo de lucro sufren una doble perversión de gran trascendencia desde la perspectiva de nuestra disciplina. En primer lugar, desde el punto de vista del Estado se produce una utilización torcida de la institución, ya que a través de la misma se pretende cubrir el vacío ocasionado por los progresivos recortes presupuestarios en las partidas de carácter social. Especialmente significativo fue el importante déficit ocasionado por la supresión del servicio militar obligatorio y la consiguiente desaparición de la prestación social sustitutoria. El espacio dejado por ésta no pasó a cubrirse por el Estado directamente, sino que éste procuró incentivar de múltiples maneras la prestación voluntaria y gratuita de dichos servicios⁸. Es decir, que tras la apariencia de instituciones encaminadas a canalizar los deseos de solidaridad de parte de los ciudadanos de las democracias avanzadas, en muchas ocasiones se esconden auténticos programas, enmarcados en las nuevas tendencias neo-liberales, de privatización de aquellos servicios sociales tradicionalmente prestados por los Estados sociales y democráticos de derecho.

En el marco de esta utilización torcida de dichas instituciones se puede apreciar una tendencia a la precarización del trabajo, encaminada a la prestación de servicios hasta ese momento realizados por las administraciones públicas. Es decir, en muchas ocasiones la atribución a las entidades sin ánimo de lucro de funciones hasta ese momento asumidas por las instituciones públicas, responde a un deseo de abaratar los costes de dicho servicio, aunque dicho abaratamiento se lleve a cabo a través de trabajadores en precario⁹. En concreto, dicho trabajo se viene a desempeñar desde dos posiciones jurídicas claramente diferenciadas. Por un lado, a través de trabajadores vinculados con las entidades sin ánimo de lucro a través de contratos de trabajo, en su mayoría a tiempo parcial, o escasamente remunerados. Por otro, a través de personas que, sin tener vínculo laboral alguno con la entidad sin ánimo de lucro, vienen a desempeñar, en la mayor parte de las ocasiones, trabajos semejantes a los de asalariados, pero sin recibir a

**LOS PROGRESIVOS
RECORTES PRESUPUESTARIOS
EN LAS PARTIDAS DE
CARÁCTER SOCIAL HACE
QUE SE CONFIGURE COMO
UNO DE LOS TRES GRANDES
SECTORES DE LA
ESTRUCTURA SOCIAL DEL
ESTADO DESDE LA
PERSPECTIVA DEL EMPLEO:
PÚBLICO, PRIVADO
MERCANTIL Y PRIVADO NO
LUCRATIVO**

(8) Por citar un ejemplo reciente, la Junta de Andalucía ha condicionado la concesión de becas de estudio al hecho de que los universitarios andaluces solicitantes de las mismas se encuentren desempeñando labores de voluntario en algún tipo de ONG (véase diario *El Mundo*, 12 de junio de 2002, p. A11). En algunas ocasiones, las propias normas autonómicas incluyen estos incentivos en su articulado. Especialmente significativo es la Ley de Voluntariado de Navarra (Ley Foral 2/98, de 27 de marzo), arts. 12 y ss.

(9) Véase SUSÍN BETRÁN, R., "Algunas cuestiones para comprender la institucionalización jurídica del voluntariado", *Documentación Social*, núm. 122, 2001, pp. 12 y ss.

cambio remuneración alguna¹⁰. Serán en estos últimos en los que se centrará este estudio. Embarcados en este objetivo, se habrá de diferenciar claramente entre la función social de las organizaciones del sector privado no lucrativo, incardinada lógicamente dentro de los objetivos más nobles, y la función de las mismas como empleadoras de trabajadores asalariados y receptoras del trabajo realizado por los voluntarios al margen de relación laboral alguna.

Desde el punto de vista de los voluntarios, sin negar que la realización de dichas actividades obedecerá en su mayoría a una vocación altruista y de colaboración solidaria con los más necesitados¹¹, no es menos cierto que también es usual su utilización como plataforma de inserción en el mundo laboral. La incorporación como voluntario en una entidad pública o privada de carácter no lucrativo puede fácilmente estar presidida por un deseo de formación o promoción, como consecuencia, precisamente, de que dichas entidades se contemplan como yacimientos de empleo.

Partiendo de estas premisas, resulta fácil deducir que deberán producirse necesariamente todo tipo de desajustes y fenómenos de conflictividad social. El análisis de los mismos será el objeto de las siguientes páginas.

2. NUEVAS REALIDADES LABORALES. EL TRABAJO GRATUITO

Tradicionalmente se ha tratado de delimitar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo incidiendo en los requisitos de la dependencia y la ajenidad, bien de forma alternativa, una u otra es el elemento caracterizante de la disciplina, bien de forma acumulativa. Son muy abundantes los estudios doctrinales que tratan de delimitar subjetivamente el Derecho del Trabajo poniendo el acento especialmente en los elementos de la subordinación y la ajenidad¹². Por el contrario, son menos numerosos los estudios que inciden en el factor de la onerosidad. Ello es así por la sencilla razón de que es consustancial al trabajo por cuenta ajena la búsqueda de un beneficio por ambas partes de la relación jurídico-laboral. En el caso del trabajador, el trabajo se presta y sus frutos se ceden anticipadamente a cambio de una retribución determinada o determinable que denominamos salario. No obstante, figuras fronterizas entre el trabajo asalariado y el denominado trabajo benévolo y de buena vecindad han centrado los estudios y ciertas decisiones jurisprudenciales.

(10) Cfr. MARTÍNEZ MARTÍN, M.I. y GONZÁLEZ GAGO, E., "Coexistencia de voluntariado y trabajo asalariado en las ONG de Acción Social", *Documentación Social*, núm. 122, 2001, pp. 85 y ss.

(11) El panorama no es uniforme. Por un lado, la prestación de servicios se presume gratuita cuando se realiza en beneficio de una entidad con "fines benéficos"; por otro lado, la ausencia de fin benéfico en quien se beneficia de la prestación obliga a indagar en la voluntad altruista, da igual si solidaria, ideológica o festiva, de quien los presta. Así lo describe ALONSO OLEA, M., "Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad", cit., p. 18.

(12) En general, respecto a la delimitación del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo sobre la base de los conceptos de dependencia y ajenidad, puede verse el estudio de RUIZ CASTILLO, M.M., "Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo 'parasubordinado'", *RL*, 1991-II, p. 164.

denciales que han analizado el aspecto de la retribución como elemento definidor de la relación jurídico-laboral. Recientemente, a raíz del surgimiento de estas nuevas realidades, comienzan a aparecer, tentativas dirigidas a delimitar los caracteres de estas nuevas figuras, así como intentos de diferenciación respecto del trabajo por cuenta ajena retribuido¹³.

Nuestro Estatuto de los Trabajadores, a la hora de definir el ámbito de aplicación del mismo, y en consecuencia el del propio Derecho del Trabajo, cuando menos el que podemos denominar común, apeló a los elementos tradicionales de delimitación subjetiva, esto es, ajenidad, dependencia, voluntariedad y remuneración. En su artículo 1 ya menciona la remuneración como elemento esencial del contrato de trabajo, pero no es ésta la única ocasión en que así lo hace. Por el contrario, a la hora de proceder a la exclusión expresa de algunas manifestaciones de prestación de servicios, alude expresamente en el art. 1.3.d) a los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. Dichas exclusiones han de ser interpretadas desde la óptica de que el ET persigue que el trabajador, dependiente y por cuenta ajena, perciba una retribución, pues la consecución de ésta es la razón justificativa de la cesión de su fuerza de trabajo y su correspondiente inserción en el ámbito de la organización empresarial, sin que ello implique imposibilitar la realización de un servicio movido por un interés diferente al de la retribución material. Es decir, la ausencia de retribución deriva, es consecuencia necesaria, de la inexistencia de contrato de trabajo y no al contrario, pues vigente éste se ostenta un derecho irrenunciable a su retribución.

En este contexto destaca, precisamente, a lo que podríamos referirnos como una progresiva profesionalización legal de la benevolencia, es decir, el surgimiento, más referido a su extensión e institucionalización que a su novedad, de una serie de figuras que poseen el denominador común de la gratuidad. Esto es, el sujeto que realiza el trabajo no persigue con el mismo la obtención de ninguna contraprestación, lo que no implica, necesariamente, la inexistencia de los otros elementos, esto es, persistencia de la subordinación e, incluso, la ajenidad, en el marco de una prestación laboral en la que el trabajador no pretende la obtención de una remuneración, al menos en concepto de salario¹⁴. La ajenidad y la dependencia son independientes de los fines que se persiga con el trabajo. Así, por ejemplo, lo que define a la ajenidad es que el fruto del trabajo del trabajador pasa a pertenecer originariamente a la empresa, con independencia de la finalidad a la que se adscriba esa actividad¹⁵. Para despejar dudas o confusiones ha de señalarse, tal y como

(13) Cfr. SAVATIER, J., "La distinction du contrat de travail et des services bénévoles fournis dans le cadre d'une association", *DS*, núm. 5, 2002, pp. 494 y ss.; del mismo, "Entre bénévolat et salariat: le statut des volontaires pour le développement", *DS*, 2000, pp. 146 y ss.; LAMERTI, *Il lavoro nel Terzo settore*, Giappichelli, Torino, 2000; DEL PUNTA, R., "Diritto del lavoro e terzo settore", *RIDL*, 2001-I, pp. 329 y ss.; GRANDI, M., "Osservazioni critiche sulla prestazione gratuita di lavoro subordinato", *ADL*, núm. 3, 2000, pp. 439 y ss.

(14) La jurisprudencia, en el análisis de la relación de benevolencia, considera que el carácter gratuito de la misma no se desvirtúa aun en el caso de que aparezcan gratificaciones en metálico o en especie, fijas o variables, que no constituyan salario sino donaciones del art. 616 CC Véanse las SSTCT de 20 de marzo de 1985, Ar. 1984; de 16 de diciembre de 1986, Ar. 13847, y de 21 de julio de 1987, Ar. 16545.

(15) En contra de esta posición, puede verse NIEVES NIETO, N. de, "Voluntariado y empleo en el tercer sector", *RMTAS*, 2001, núm. 33, pp. 290 y ss. Para GONZÁLEZ ORTEGA, S., ha de existir la organización productiva, al margen de la intención lucrativa o no, para que pueda discutirse sobre la existencia de contrato de trabajo. "Las becas: ¿formación, inserción, prácticas profesionales, trabajo asalariado?", cit., pp. 124-125.

mantiene la STSJ de Asturias de 29 de junio de 2001, Ar. 1708, que el trabajo benévolo se opone al trabajo a título oneroso o retribuido, no necesariamente al trabajo por cuenta ajena o al trabajo dependiente; es posible, pues, un trabajo por cuenta ajena, dependiente y sin embargo a título de benevolencia. El problema surge cuando se dan todos esos elementos, pero, sin embargo, como consecuencia de la renuncia del trabajador, no se da la necesaria remuneración, como es el caso de trabajo prestado en el marco del voluntariado¹⁶.

3. CARACTERÍSTICAS BÁSICAS DE LA PRESTACIÓN DE TRABAJO EN EL ÁMBITO DEL VOLUNTARIADO. VÍNCULOS Y DIVERGENCIAS ENTRE EL VOLUNTARIO Y EL ASALARIADO DE LA ENTIDAD SIN ÁNIMO DE LUCRO

A través del voluntariado se podrá realizar cualquier tipo de actividad, con la única condición de que se cumplan los requisitos establecidos legalmente para poder considerarla como tal. Es decir, no es trascendente, a la hora de calificar como laboral o benévolo el trabajo, la actividad a la que esté dedicada la empresa en cuestión¹⁷. En sentido contrario, son perfectamente posibles relaciones laborales por cuenta ajena en sociedades no lucrativas con fines religiosos, políticos, sociales, culturales, etc., pues el altruismo o beneficencia de una asociación no alcanza a quienes trabajan en ella con la aportación de su actividad personal y en ejercicio de un título profesional si no consta de un modo claro y terminante la misma generosidad y altruismo en ellos mismos¹⁸.

En cuanto al segundo de los elementos, la subordinación, es difícil encontrar la diferencia entre el sometimiento del voluntario a las órdenes de los dirigentes de la organización y la típica subordinación del trabajador a las órdenes de su empresario o los delegados de éste¹⁹. Al margen del trabajo realizado por el voluntario, es posible encontrar ejemplos de prestaciones de servicios en las que, aun dándose la característica de la subordinación, no es calificado por el ordenamiento jurídico como trabajo asalariado. En concreto, sería de destacar el supuesto de los religiosos que prestan sus servicios insertos en una comunidad y acatando sus reglas²⁰.

No obstante, en alguna ocasión nuestros tribunales han pretendido excluir del ámbito laboral el trabajo gratuito aplicándole los parámetros tradicionales (o recurriendo a la tradicional y discutible relación indiciaria, como tendremos oportunidad de exponer más adelante), esto es, intentando diferenciarlo considerando que no se encuentran pre-

(16) Un análisis socio-político del voluntariado puede verse en: "Voluntariado", RMTAS, núm. extraordinario, 2001.

(17) STS de 21 de octubre de 1986, Ar. 9925.

(18) STSJ de Galicia de 4 diciembre de 1992, Art. 6158. Con anterioridad, la STCT de 22 de febrero de 1983, Ar. 1482.

(19) Véase SAVATIER, J., "La distinction du contrat de travail et des services bénévoles", cit., p. 497.

(20) STS de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001/4253).

sentes en el trabajo a título gratuito las notas características de la dependencia y la ajenidad²¹. Esos pronunciamientos jurisprudenciales parten de un error básico, ya que el hecho de que el trabajo a título gratuito sea ejercido sin el objetivo, por parte del trabajador, de obtener una contraprestación económica en forma de salario, no significa que dicho trabajo carezca de trascendencia económica²².

En alguna decisión jurisprudencial más reciente se aprecia un cambio significativo a la hora de establecer los criterios diferenciadores del trabajo benévolo del prestado a título oneroso²³. Entiende dicha jurisprudencia que para despejar dudas o confusiones ha de señalarse que el trabajo benévolo se opone al trabajo a título oneroso o retribuido, no al trabajo por cuenta ajena o al trabajo dependiente. Es posible, en algunos supuestos enjuiciados, encontrar ejemplos de ello, esto es, de un trabajo por cuenta ajena dependiente y sin embargo a título de benevolencia. El factor diferencial con el trabajo a título oneroso reside en que su causa no es la obtención de una ganancia o contrapartida económica, sino la ayuda mutua o la colaboración altruista, por lo que carece de la remuneración típica del trabajo asalariado.

Sin lugar a dudas, la figura del voluntariado se constituye en el ejemplo paradigmático de trabajo realizado a título gratuito. Esto es, el voluntario, al realizar su actividad, no persigue una contraprestación económica, sino que le mueven otras finalidades²⁴.

**EL FACTOR DIFERENCIAL
CON EL TRABAJO A TÍTULO
ONEROSO RESIDE EN QUE
SU CAUSA NO ES LA
OBTENCIÓN DE UNA
GANANCIA O CONTRAPARTIDA
ECONÓMICA, SINO
LA AYUDA MUTUA O LA
COLABORACIÓN ALTRUISTA**

(21) Así, por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Málaga, de 31 diciembre 1993 (AS 1993\5172) cuando afirma que “aunque es difusa la línea divisoria entre la relación contractual laboral y la colaboración a título amistoso, benévolo o de buena vecindad, para dirimir tal disyuntiva debe atenderse al conjunto de elementos de la misma para orientar la interpretación de la intención de las partes en el sentido de producirse una situación jurídica ajena al ámbito laboral y así no puede aplicarse la presunción del art. 8.1 del ET dada la desvinculación de aquélla de la obligación de acudir al trabajo, y, más aun, de hacerlo con carácter cotidiano y la inexistencia de horario o jornada y por ello ha de mantenerse la calificación de relación vecinal amistosa”. En la misma dirección, la STSJ de Cataluña de 6 de febrero de 1997, Ar. 1823.

(22) Cfr. BECK, U., *Un Nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*, Piadós, Barcelona, 2000, pp. 138 y ss.

(23) Véase la STSJ de Asturias de 29 de junio de 2001, Ar. 1708.

(24) Sin embargo, no son éstas las únicas manifestaciones de trabajo gratuito o, al menos, realizado por debajo de su valor en el mercado. ¿Será una nueva tendencia de nuestro Derecho del Trabajo? Es difícil sustraerse a la sorpresa que causa ese supuesto especialmente significativo introducido por el reciente Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de prestación por desempleo y mejora de la ocupabilidad. En concreto, esta normativa introduce la posibilidad de que a aquellos trabajadores que estén percibiendo la denominada renta activa de inserción se les pueda obligar a insertarse en el seno de una empresa. Lo paradójico del caso es que el empresario tan sólo estará obligado a abonar la diferencia entre el subsidio percibido por el trabajador y el salario establecido convencionalmente en la empresa de recepción (Disposición Adicional Primera, 8º.4). Asimismo, la Disposición Transitoria Quinta, apartado cuarto, de dicha normativa, declara la compatibilidad del subsidio de desempleo con el trabajo por cuenta ajena (“El empresario, durante este tiempo, tendrá cumplida la obligación del pago del salario que corresponde al trabajador, completando la cuantía del subsidio recibido por el trabajador hasta el importe de dicho salario”). Fácilmente se deduce

Volviendo a nuestro objeto de estudio, uno de los aspectos más conflictivos que cabría plantear sería el relativo a la existencia en una única unidad productiva, la entidad sin ánimo de lucro, de personas que, aunque realicen una misma actividad, se encuentran, sin embargo, en posiciones jurídicas claramente diferenciadas²⁵. Evidentemente, el carácter de la entidad receptora del trabajo no ha de condicionar la calificación jurídica que se le dé a dicha prestación de trabajo, sino que habrán de ser las características de la prestación las que nos aporten su calificación²⁶.

En este sentido, la diferencia entre ambos colectivos de prestadores de trabajo queda manifiesta en el plano teórico dependiendo de que el trabajador en cuestión reciba o no retribución salarial a cambio de su prestación. No obstante, en algunas ocasiones, el supuesto no plantea fácil solución. Es el caso, por ejemplo, en el que el voluntario sí recibe dicha retribución, aunque sin calificar a la misma como salario, sino como gratificación por los servicios prestados. Este caso no es tan inusual en la práctica como pudiera pensarse. A él han dado respuesta en alguna ocasión nuestros tribunales. Así por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11 de junio de 2001²⁷. El caso enjuiciado consistía en la reclamación de una persona que venía colaborando en un colegio en la organización de actividades extraescolares, por lo que ocasionalmente recibía a cambio una retribución. No obstante, esta retribución no fue considerada suficiente por el tribunal enjuiciador como para eliminar el carácter benévolo del trabajo en cuestión. A pesar de que el supuesto de autos efectivamente pueda ser claro, nos da la pista de cómo es posible que la apreciación del concepto de benévolo puede cambiar, y ser muy flexible, sobre todo teniendo en cuenta la progresiva profesionalización del voluntariado.

La definición de voluntario aportada por GARCÍA NINET (“aquella persona que realiza un trabajo social en beneficio de la comunidad en general con carácter altruista, sin que sea su ocupación laboral profesional, con carácter temporal o duradero y sin ánimo de

la gravedad de la medida introducida por el RD-L 5/2002, de 24 de mayo. Llevado al extremo el ejemplo, podríamos encontrarnos con el supuesto de que el subsidio cubriera enteramente el salario del puesto de trabajo en el que el trabajador se incorpora. En dicho supuesto, el trabajador abocado a la aceptación del trabajo, so pena de pérdida del subsidio, realizará un trabajo del que se beneficiará un empresario de manera gratuita. En definitiva, por primera vez se rompe de manera clara el principio fundamental de que el pago del salario es la obligación básica asumida por el empresario en el contrato de trabajo. ¿Es que ahora son compatibles los conceptos de ajenidad y gratuidad?

A fuertes críticas se han venido sometiendo los trabajos de colaboración social que presentan claras afinidades con el supuesto descrito y una diferencia fundamental: sólo pueden prestarse para las administraciones públicas. Véase, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., “Los trabajos de colaboración social”, en CRUZ VILLALÓN, J. (ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, cit., pp. 277 y ss.

(25) La tensión entre profesionales y voluntarios ha sido destacada en diferentes estudios sociológicos. Véanse MARBÁN GALLEGU, V. y RODRÍGUEZ CABRERO, G., “El voluntariado: prácticas sociales e impactos económicos”, *RMATS*, núm. 31 (monográfico), 2001, p. 66, y CACHÓN, L., “Voluntariado y empleo: desafíos de la (doble) profesionalización”, *Revista Estudios de Juventud*, núm. 45, 1999, pp. 41 y ss.

(26) Cfr. MURILLO MARINAS, J., “Las relaciones jurídicas del voluntariado social como excluidas de la relación laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 1991 (enero-marzo), p. 129.

(27) Ar. 3585.

lucro alguno”²⁸⁾ resulta insuficiente ante la actual concepción del voluntariado. En concreto, se aprecia desde la sociología del trabajo una clara presencia de un ánimo en el voluntario a consolidar su posición dentro de la entidad sin ánimo de lucro para, con el paso del tiempo, pasar a adquirir la condición de asalariado de la misma²⁹. Es más, desde los poderes públicos, en cierto sentido, se facilita esta profesionalización del voluntariado al calificar estos sectores como nuevos yacimientos de empleo³⁰.

Como ya se dejó adelantado, el carácter voluntario de la prestación, unido a la inexistencia de retribución, no implica *per se* una independencia absoluta de algunos de los caracteres tradicionales del trabajo por cuenta ajena. En primer lugar, la organización (que a estos efectos actúa como una empresa) receptora de la prestación del voluntario obtiene el fruto del trabajo del trabajador. Es decir, la prestación del voluntario es gratuita desde la perspectiva del voluntario, pero no así desde la perspectiva del receptor de dicha actividad, que, independientemente de la noble actividad a la que esté dedicada, tiene una finalidad empresarial a estos efectos. De lo contrario, no se comprendería que dichas organizaciones, junto a los voluntarios, empleen a trabajadores remunerados, a los que se le aplica el Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, esta organización posee la titularidad del poder de dirección empresarial, y en la misma medida el correspondiente poder disciplinario, debemos entender, lo que implica que el voluntariado se someterá voluntariamente a la hora de realizar su prestación laboral en el seno de la empresa. En otras palabras, el voluntario realiza un trabajo subordinado y por cuenta ajena.

En este punto se hace imprescindible esbozar las causas por las cuales el voluntariado no se encuentra incluido dentro del Derecho del Trabajo. Esta exclusión se produce a pesar de estar el voluntario sometido a los poderes de dirección y disciplinario de la entidad sin ánimo de lucro; de que más que probablemente el voluntario no escape al conjunto de responsabilidades civiles y de cualquier otro tipo que atañen al trabajador; de que, en muchas ocasiones, el voluntario realice las mismas funciones que los trabajadores asalariados de la entidad; de que, incluso, pueda recibir puntualmente retribución por su trabajo; y, por último, a pesar de que la incorporación como voluntario es habitualmente utilizada para promocionar en el seno de la propia entidad sin ánimo de lucro, con el horizonte de poder pasar a la condición de asalariado.

Apelar a que se trata de un trabajo benévolo por no estar remunerado no puede ser una causa justificativa idónea para su exclusión. El carácter no remunerado no debe implicar obligatoriamente su inclusión en el elemento definitorio de benévolo; por el contrario, es el carácter de benévolo el que provoca la inexistencia de remuneración. ¿Qué determina,

(28) “Régimen jurídico del personal voluntario”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 19, 1983, p. 138.

(29) Especialmente significativa es la Exposición de Motivos de la Ley del Voluntariado de Galicia (Ley 3/2000, de 22 de diciembre). En concreto, se advierte que la experiencia del voluntariado es que éste genera empleos, en tanto que descubre necesidades en las que puede existir.

(30) Cfr. MARTÍNEZ MARTÍN, M.I. y GONZÁLEZ GAGO, E., “Coexistencia de voluntariado y trabajo asalariado en las ONG de Acción Social”, cit., p. 95. Más ampliamente, véase CACHÓN, L., COLLADO, J.C. y MARTÍNEZ, M.I., *Nuevos yacimientos de empleo en España*, MTAS, Madrid, 1998; AAVV (Ariel Jérez, coord.), *¿Trabajo voluntario o participación?: elementos para una sociología del tercer sector*, Tecnos, Madrid, 1998.

pues, el carácter benévolo del trabajo? La respuesta a esta cuestión se relaciona, a su vez, de manera inmediata con la siguiente cuestión: en virtud de qué título se produce la apropiación del trabajo del voluntario por parte de la entidad sin ánimo de lucro.

Con respecto a la primera de estas interrogantes la solución ha de pasar necesariamente por el otorgamiento a favor del voluntario, por parte de nuestro ordenamiento jurídico, de un poder para que pueda llevar a cabo la calificación de su prestación como no laboral y, por tanto, no remunerada. Es decir, nos encontramos, quizás, ante uno de los supuestos más significativos de admisión de la autonomía de la voluntad individual a la hora de la calificación de la naturaleza jurídica de la correspondiente relación.

Como se sabe, en nuestro Derecho del Trabajo ha sido tradicional la limitación de la autonomía de la voluntad para la calificación del contrato de trabajo. Un aspecto relevante directamente relacionado con la libertad que ha de presidir las relaciones laborales es el de la posibilidad de que los contratantes estén o no arrojados de facultades más o menos amplias encaminadas a definir como laboral o no el fruto del acuerdo entre ellos. Tradicionalmente se han mantenido bastantes reticencias a la hora de admitir esta posibilidad, debido a la clara superioridad de que dispone, como regla general en el contexto de la prestación de trabajo por cuenta ajena, una de las partes respecto de la otra. Sin embargo, en la última década se detecta una cierta tendencia a atribuir a la calificación del contrato como laboral o no una mayor trascendencia. Con posterioridad a la gran reforma de nuestro ordenamiento jurídico-laboral de 1994, RODRÍGUEZ-PIÑERO entendió —encabezando así el sector doctrinal que aboga por un incremento del papel regulador del contrato de trabajo— que “el nuevo papel regulador reconocido al contrato en el Derecho del Trabajo actual, en cuanto supone superar el escepticismo o la desconfianza precedente en dicho contrato no puede dejar de tener efectos en el plano de la incidencia del acuerdo de las partes en la calificación del contrato”³¹. Se deduce, pues, de nuevo, la proclividad de cierto sector doctrinal hacia un aumento del papel del contrato de trabajo en todos sus extremos, incluido el presente. Sin embargo, a este posicionamiento doctrinal se le puede objetar el hecho de que todas aquellas circunstancias que llevaron a los distintos ordenamientos jurídicos a limitar la capacidad de las partes para calificar el contrato siguen aún presentes en la inmensa mayoría de los supuestos. Piénsese, sino, en las escasas franjas de libertad de que disfrutaban importantes colectivos de trabajadores, abocados a trabajar en contextos fuertemente precarizados, tales como los pertenecientes al sector servicios, y ello sin necesidad de acudir al caso de trabajadores inmigrantes. Todo ello conduce a sostener la necesidad del mantenimiento de las tradicionales restricciones a la hora de calificar el contrato de trabajo, salvo en el caso de aquellos trabajadores cuya alta o esquizmática cualificación asegura un margen relativamente amplio de libertad personal.

Sin embargo, al socorrido supuesto de la cualificación, habría que sumar ahora una nueva justificación: el suficiente patrimonio del voluntario o su fuerte convicción ideo-

(31) “La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo”, RL, núm. 18, 1996, p. 2.

lógica. En el sector concreto del voluntariado se aboga por una presencia significativa de la autonomía de la voluntad, dado que, como consecuencia de la elección, el voluntario no sólo no se insertará en el marco del Derecho del Trabajo, sino que, incluso realizará su trabajo con carácter gratuito.

Las tradicionales reticencias del Derecho del Trabajo sobre la posición del contratante débil desaparecen aquí y se da rienda suelta a la autonomía de la voluntad ya que el voluntario, a diferencia del trabajador, no está compelido por la necesidad de obtención de recursos económicos, mediante la retribución del trabajo. Esta subordinación económica, que es y será el fundamento material del Derecho del Trabajo, no es atribuible, *iuris et de iure*, al voluntario, por lo que debemos concluir que la condición social del voluntario, si el trabajo que presta no es esporádico o marginal, viene siempre caracterizada por la holganza económica o es que su planteamiento solidario se impone y prevalece sobre su situación económica como una especie de razón de fe. Difícil saberlo, porque no debe olvidarse que la renuncia a la retribución, aunque las condiciones de la prestación coincidan materialmente con las del trabajo asalariado, se produce con carácter previo lo que impide valorar si el voluntario no quiere cobrar el salario o más bien que para trabajar, en presente o en futuro, hay que renunciar a la retribución.

En cualquier caso, desde el punto de vista jurídico, la renuncia previa hace difícil salvar la interpretación que en términos puramente civiles se hace de la institución que conocemos como renuncia de derechos, en el sentido de que los derechos se hayan adquirido primero para después renunciar o transaccionar con ellos o que la renuncia sin contraprestación alguna, la mera liberalidad, haya de salvar el abuso de derecho³². Una vez más sería la decisión legislativa la que modifica la teoría general en detrimento de la igualdad siquiera formal de los contratos.

Si como consecuencia del acto de renuncia de la remuneración por parte del voluntario –único elemento que diferencia la actividad del voluntario de la realizada en la misma empresa por los trabajadores asalariados– no nos encontramos ante un contrato de trabajo, la cuestión que se plantea resulta obvia: ¿cuál es el título que legitima la apropiación del fruto del trabajo del voluntario por parte de la entidad sin ánimo de lucro?

**LA LEY DEL VOLUNTARIADO
EXIGE QUE SE TRATE DE
ACTIVIDADES DE INTERÉS
GENERAL, DE CARÁCTER
ALTRUISTA Y SOLIDARIO, QUE
SU REALIZACIÓN SEA LIBRE,
SIN CONTRAPRESTACIÓN
ECONÓMICA Y QUE SE
DESARROLLEN A TRAVÉS
DE ORGANIZACIONES CON
PROYECTOS CONCRETOS**

(32) Véase RUIZ CASTILLO, M.M., “A propósito de la indisponibilidad individual de derechos del trabajador”, TL, núm. 52, 1999, pp. 158 y ss.

A la hora de establecer el origen de dicha situación se suele apelar a distintas instituciones, canalizadoras del acto de renuncia del trabajador. En concreto, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE³³ tratan de derivar la prestación de trabajo sin salario al ámbito de figuras jurídicas próximas a la donación³⁴. Del mismo modo, el TS entendió que los voluntarios “desarrollan trabajos por impulsos de donación, sin *animus obligandi* y sin que de ellos se derive acción alguna”³⁵. Se podría pensar, asimismo, en un contrato de mandato gratuito. Pero surgen los mismos problemas, entendemos, que se oponen a la identificación entre contrato de trabajo y contrato de mandato. La apelación a todas estas figuras plantea un problema de raíz, ya que todas ellas presuponen un vínculo contractual típico. Este vínculo contractual, por lo demás, no es fácil considerarlo existente en el contexto que nos ocupa; además, los fines de solidaridad del voluntariado no deben asociarse necesariamente con la presencia de un *animus donandi*³⁶. En realidad, nos encontramos ante una institución de características muy tasadas y preestablecidas por el legislador con el objetivo de facilitar los fines que social y políticamente tiene atribuido el voluntariado. Es por ello que a partir de este momento nos centraremos en los caracteres más sobresalientes de las distintas leyes de voluntariado, para tratar de deducir, a partir de los caracteres atribuidos por la normativa al respecto, su auténtica naturaleza.

Desde nuestro punto de vista, no debiera ser requisito suficiente la autonomía de la voluntad calificadora del contrato para diferenciar esta institución del resto, sino que habría de ser imprescindible que concurriera algún tipo de elemento objetivo que lo diferenciara del trabajo asalariado. No obstante, como a continuación tendremos ocasión de desarrollar, son escasas las posibilidades diferenciadoras que nos aporta la normativa específica.

4. ANÁLISIS JURÍDICO-POSITIVO DEL VOLUNTARIADO

A partir de la aprobación de la Ley 6/1996, de 15 de enero, de Voluntariado, se han sucedido en las distintas Comunidades Autónomas diversas normas sobre la materia, que si bien introducen algunas novedades respecto a la estatal, se mantienen apegadas al espíritu que dio origen a la misma. A lo largo de la exposición se irán desglosando los elementos más característicos de la norma estatal, resaltando aquellos elementos de las autonómicas que a nuestro juicio son más novedosos³⁷.

(33) *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 44.

(34) Esta posición doctrinal chocaría con una grave dificultad. La donación se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de disposición de cosas y no de actos. Ésta es la posición mantenida por ALMANSA PASTOR (citado en NIEVES NIETO, N. de, “Voluntariado y empleo en el tercer sector”, cit., p. 33).

(35) STS de 2 de diciembre de 1986, Ar. 7252.

(36) GRANDI, M., “Osservazioni critiche sulla prestazione gratuita di lavoro subordinato”, cit., pp. 460 y ss.

(37) Hasta el momento se han aprobado las siguientes normas autonómicas de voluntariado: Aragón (9/1992, de 7 de octubre); País Vasco (17/1998, de 25 de junio); Valencia (4/2001, de 19 de junio); Navarra (2/1998, de 27 marzo); Castilla-La Mancha (4/1995, de 16 de marzo); Canarias (4/1998, de 15 de mayo); Asturias (10/2001, de 12 de noviembre); Castilla y León (Decreto 12/1995, de 29 de enero); Andalucía (7/2001, de 12 de julio); Galicia (3/2000, de 22 de diciembre); Madrid (3/1994, de 19 de mayo); La Rioja (7/1998, de 6 de mayo); Extremadura (1/1998, de 5 de febrero); Islas Baleares (3/1998, de 19 de mayo); Canarias (4/1998, de 15 de mayo).

A) Caracteres legales del voluntariado

La Ley del Voluntariado enumera en su art. 3 una serie de características a la hora de definir al voluntario. Parece importante comprobar cuáles de esos caracteres tienen trascendencia desde la perspectiva jurídico-laboral. En primer lugar, la Ley, aún antes de enumerar dichas características, exige, expresamente, que el voluntariado se ejerza al margen de cualquier tipo de relación laboral o cualquier otra retribuida. Es decir, el primer inciso del art. 3 nos permite diferenciar claramente, en dos grandes colectivos, las personas que realizan su actividad profesional para una entidad pública o privada con los caracteres enumerados en la Ley. En definitiva, la Ley admite tácitamente dicha coexistencia, con lo que se obliga a determinar los caracteres que acompañarán al supuesto del voluntariado.

Estos caracteres serán los siguientes:

a) Se entiende por voluntariado el conjunto de actividades de interés general desarrolladas por personas físicas. ¿Significa esto que la Ley está condicionando la atribución del calificativo de voluntariado a la naturaleza de la prestación? Si así fuera entraría en contradicción con la realidad práctica, que como ya vimos atribuye al voluntario la realización de trabajos plenamente equiparables a los de un asalariado. Esta exigencia se viene a reiterar en el último inciso del art. 3, al afirmar que la actividad de voluntariado no podrá en ningún caso sustituir al trabajo retribuido. Por otra parte, tanto la Ley estatal como las autonómicas son muy generosas a la hora de definir las funciones del voluntario, de manera que no es fácil delimitar alguna función que sea consustancial a las funciones de un voluntario o a las del trabajo retribuido. Así pues, el carácter de la actividad, el interés general de que habla la Ley, no es un criterio válido de definición del voluntariado.

b) Que sus actividades tengan carácter altruista y solidario. Desde la perspectiva del voluntario éste habrá de realizar dicho servicio como vocación altruista. Se trata de un requisito meramente subjetivo, de difícil comprobación. Si consideramos que las entidades sin ánimo de lucro constituyen un importante yacimiento de empleo, en numerosas ocasiones el voluntario realiza sus funciones con la reserva mental de dejar de serlo en el futuro. Es obvio que dicha reserva mental no puede ser un elemento que contribuya a negar el carácter del voluntariado³⁸.

c) Que su realización sea libre, sin que tengan su causa en una obligación personal o deber jurídico. De esta manera el legislador diferencia claramente la labor del voluntario de aquellas prestaciones exigidas al ciudadano, tales como la ya extinta prestación social sustitutoria³⁹ y otras.

(38) La Ley del Voluntariado en Asturias establece en su art. 3.1.c) un refuerzo de dicho elemento subjetivo al exigir que el voluntario no busque beneficio material alguno.

(39) Expresamente excluida en la Ley 17/1998, de 25 de junio, del Voluntariado del País Vasco (art. 3); y la Ley 4/1995, de 16 de marzo, del Voluntariado de Castilla-La Mancha (art. 3).

Mención aparte merecen las penas de realización de trabajos en beneficio de la comunidad, donde no se da estrictamente una exigencia legal de realización, aunque bien puede reconocerse una fuerte compulsión real⁴⁰. Algo similar sucede con los trabajos de colaboración social, cuya alternativa consiste en la extinción de la prestación o subsidio de desempleo⁴¹.

También es éste el criterio, la ausencia de obligación personal o deber jurídico, que lleva al legislador a excluir del voluntariado las actividades realizadas por el trabajador por razones familiares, de amistad o de buena vecindad. Es decir, el legislador pretende crear una nueva dimensión en la prestación de servicios a título gratuito que se diferencie de otras del mismo carácter.

d) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que el desempeño de la actividad voluntaria ocasione. La falta de contraprestación económica no es incompatible con el hecho, previsto legalmente, de que el voluntario reciba a cambio una contraprestación y una ayuda en especie, lo que acarreará los problemas que más abajo se desarrollan.

e) Que se desarrollen a través de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas o proyectos concretos. Es un requisito imprescindible para poder considerar aplicable la Ley de voluntariado que concurren unas determinadas características en el receptor de la prestación del voluntario. En concreto, se ha de tratar de organizaciones

(40) Ésta constituye una novedad en el CP vigente, en cuanto que opera como sustitutiva a la de arresto de fin de semana cuando aparece como pena principal (88.2 CP) y de la responsabilidad penal subsidiaria prevista para los casos de impago de la pena de multa (53.2 CP). En ambos casos la obligatoriedad de contar con el consentimiento del penado permite reconocer una cierta “libertad” del sujeto para elegir entre este tipo de trabajo y el cumplimiento de la privación de libertad con internamiento carcelario hasta un máximo de 24 fines de semana o un año, respectivamente. La alternativa es tal que puede considerarse que la opción sea siempre la misma: la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, ya sea porque el juzgador no haya optado por sustituir la privación de libertad por multas, la otra opción prevista por el 88.2 CP (“también podrán los jueces y tribunales sustituir las penas de arresto de fin de semana por multas o trabajo en beneficio de la comunidad”), ya sea porque el importe de la multa no pueda ser asumido por el reo atendiendo a su situación económica y circunstancias personales y familiares (51.5 CP).

Diferente es el caso del trabajo realizado por los reclusos en el centro penitenciario, su carácter obligatorio no se deriva de la pena sino que es parte del régimen establecido por el reglamento penitenciario para su cumplimiento. Ello explica que la legislación penitenciaria haga referencia a las “penas en beneficio de la comunidad” para dispensarles una protección en materia de SS como consta en el propio título y en la EM del RD 782 /2001 (“por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividad laborales en talleres penitenciarios y la protección de SS de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad”), apresurándose a remarcar que se trata de una “obligación asumida voluntariamente por el penado para prestar su cooperación...”. En ese sentido ya se había recogido en el CP, art. 49, en relación con lo dispuesto en el art. 88.2, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre y en el RD 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen reglamentariamente las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

(41) El art. 231.1.c) LGSS incluye entre las “obligaciones” de los beneficiarios de prestaciones por desempleo “participar en los trabajos de colaboración social...”; el art. 213.3 LGSS establece que “los trabajos de colaboración social que la entidad gestora puede exigir a los preceptores de prestaciones por desempleo...”; y los arts. 213.1.b) y 219.2 LGSS sancionan con la extinción de la prestación la negativa a participar en los trabajos de colaboración social a los beneficiarios de prestaciones o subsidios de desempleo. Ha de reconocerse, por tanto, si no la obligación jurídica de realización, sí un fuerte condicionamiento legal para su aceptación. Alguna sentencia, sin embargo, les ha negado la calificación de laborales por faltar la nota de la voluntariedad, STCT de 10 de abril de 1987, o por tratarse de una “prestación personal obligatoria”, STSJ de Andalucía de 18 de enero de 1998. Citadas por CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., “Los trabajos de colaboración social”, cit., p. 294.

legalmente constituidas, dotadas de personalidad jurídica propia, que carezcan de ánimo de lucro y que desarrollen programas en el marco de las actividades de interés general definidas en la propia Ley (art. 4).

Al analizar los distintos elementos objetivos que han de concurrir en la prestación del voluntario se aprecia, en primer lugar, cómo algunos de dichos elementos poseen evidentes conexiones con el Derecho del Trabajo, al tiempo que otros lo que persiguen es justamente distanciar de nuestra disciplina la prestación de servicios realizada por el voluntario. En concreto, la prestación habrá de estar dotada de los requisitos de libertad y voluntariedad, elementos presentes en la relación de trabajo. Por el contrario, la no remuneración se encuentra en el lugar opuesto. Junto a ellas, deben encontrarse presentes otros elementos relacionados con las especiales características de la prestación de servicios analizada, como el carácter no esporádico de una actividad de interés general, por lo que quedan excluidas las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas.

Conforme a todos los caracteres descritos, el voluntariado se podría definir como aquella prestación de servicios de un individuo que con vocación solidaria se inserta en el ámbito de una organización sin ánimo de lucro para la realización, con vocación de permanencia, de una actividad de utilidad pública y sin obtener a cambio remuneración alguna.

Desde la perspectiva utilizada en este estudio (posibles vinculaciones jurídico-laborales de la actividad del voluntario), destacaríamos dos elementos fundamentales. En primer lugar, el carácter no remunerado de la prestación, y, en segundo lugar, el hecho de que la actividad se desarrolle bajo las directrices de una entidad pública o privada sin ánimo de lucro. En cuanto a este segundo elemento, un análisis del mismo nos lleva a una conclusión evidente: la incorporación del trabajador a la “organización productiva” no se diferencia en nada de la que llevan a cabo los trabajadores asalariados. Además, no es posible establecer ningún criterio determinante de diferenciación entre trabajo voluntario y asalariado desde la perspectiva de la vinculación del voluntario con la organización, ya que sería imaginable toda una serie de combinaciones, como voluntario no asociado, socio asalariado, socio voluntario o no⁴². Como

**SE CONFIGURA COMO UN
CONTRATO ATÍPICO QUE
EXIGE QUE SE FORMALICE
POR ESCRITO Y QUE
CONTENGA LOS DERECHOS
Y DEBERES DE LAS PARTES,
LAS FUNCIONES Y TIEMPO
DE DEDICACIÓN,
FORMACIÓN, DURACIÓN Y
DESVINCULACIÓN DEL
COMPROMISO**

(42) La Ley 6/1996, de 15 de enero, sólo menciona la viabilidad de que el voluntario también sea socio (art. 9).

consecuencia de estas premisas se ha de llegar a la siguiente conclusión: no es posible aplicar el último inciso del art. 3 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, por cuanto no es posible identificar aquellas actividades que, por haber de ser realizadas ineludiblemente por asalariados, no pueden ser ejercidas por voluntarios, pues lo contrario supondría “sustituir al trabajo retribuido” con trabajo voluntario. Como la propia norma se encarga de sostener, lo que determina la diferencia entre el trabajo prestado por los asalariados y el realizado por el voluntario es la intención de obtener una remuneración o no por parte del individuo que se incorpora a la entidad privada o pública sin ánimo de lucro, no los caracteres de la prestación a realizar, que estarán sujetos a una enorme casuística dependiendo de los fines a los que se adscriba la correspondiente organización. Es más, la Ley 3/1994, de 19 de mayo, del Voluntariado Social en la Comunidad de Madrid, en su artículo 9.a), dispone que “los voluntarios sociales tienen garantizado el derecho a realizar su actividad en unas condiciones y circunstancias similares a las legalmente contempladas para el personal asalariado”⁴³, lo que aún homogeniza más a ambos.

Para incidir aun más en las anteriores afirmaciones basta con analizar el contenido de la obligación de “seguir las instrucciones adecuadas a los fines que se impartan en el desarrollo de las actividades” [art. 7.g)]. En concreto, dichas instrucciones versarán sobre las condiciones en que han de prestar sus servicios [art. 8.2.d)]. Es decir, la entidad será la encargada de organizar la actividad que se le encomienda, para lo cual está facultada para dictar las órdenes oportunas para llevar a buen fin dichos cometidos.

En definitiva, el voluntario podrá realizar cualquier tipo de prestación⁴⁴, para lo cual se someterá a las órdenes de los directivos de la entidad pública o privada sin ánimo de lucro, y estará obligado a rechazar cualquier tipo de contraprestación material. De este modo, será el acto fundacional de la relación, esto es, el acto en virtud del cual el voluntario se compromete a realizar una determinada actividad sin ánimo de lucro, el que califique al mismo como voluntariado, implicando, lógicamente, la correspondiente exención de responsabilidad salarial de la receptora de dicha actividad.

B) Naturaleza jurídica del compromiso de incorporación del voluntario

El legislador, consciente de la enorme trascendencia práctica que se hace derivar del acto de incorporación a la entidad en cuestión, regula expresamente dicho acto de incorporación exigiendo una serie de requisitos iniciales para poder configurar como voluntaria la prestación a realizar. En concreto, el art. 9 de la Ley estatal 6/1996, de 15 de marzo, establece que la incorporación de los voluntarios a las organizaciones se formalizará por escrito mediante el correspondiente acuerdo o compromiso que, además de determinar

(43) Asimismo, la Ley 4/1995, de 16 de marzo, del Voluntariado de Castilla-La Mancha (art. 7.1).

(44) En la Ley 10/2001, de 12 de noviembre, del Voluntariado de Asturias, recoge un límite al poder de dirección no mencionado en la Ley estatal, al observar que el voluntario no podrá ser asignado a tareas ajenas a los fines y naturaleza de la entidad [art. 7.h)].

El trabajo realizado en el marco del voluntariado

el carácter altruista de la relación, habrá de contener como mínimo las siguientes menciones:

- a) El conjunto de derechos y deberes que corresponde a ambas partes.
- b) El contenido de las funciones, actividades y tiempo de dedicación que se compromete a realizar el voluntario.
- c) El proceso de formación que se requiera para el cumplimiento de sus funciones.
- d) La duración del compromiso y las causas y formas de desvinculación por ambas partes.

Si partimos de la premisa de que estamos en presencia de un contrato, se trataría éste, obviamente, de un contrato atípico, ya que no puede ser subsumido en ninguno de los contratos previstos en el Código Civil. Ya hemos expresado nuestras serias dudas sobre la inclusión del contrato de voluntariado en figuras tales como el mandato gratuito o la donación de actividad⁴⁵.

Pero la argumentación, a la luz de lo establecido en la norma reguladora del voluntariado, podría llegar a plantearse, incluso, si realmente nos encontramos ante un auténtico contrato. Dado que a través de dicho acto de incorporación no se crea una auténtica relación entre voluntario e institución receptora, tal y como la propia ley menciona, sólo se está produciendo una formalización del compromiso unilateral del voluntario, en el que deberán contemplarse los elementos básicos de su desarrollo. La entidad receptora no posee ningún título que le habilite para exigir al voluntario la realización de la actividad a que éste se comprometió, como tampoco puede pretender el voluntario obtener ningún beneficio de su incorporación; el voluntario, pues, podrá solicitar en cualquier momento el cese de su actividad, a pesar de la literalidad del precepto.

El conjunto de derechos y obligaciones que del acto de incorporación emanan son en realidad consecuencia de obligaciones genéricas de ambas partes, ajenas a la propia relación que pueda crearse entre ellas. El aseguramiento de la salud e integridad del voluntario o el resarcimiento de los gastos no son consecuencia de que la entidad sin ánimo de lucro posea título alguno para exigir del voluntario determinado resultado, sino más bien de la obligación que pesa sobre el titular de una determinada organización de salvaguardar la integridad de los individuos que se relacionan con la misma, independientemente de que los mismos tengan vinculación jurídica alguna (por ejemplo, piénsese en la necesaria protección de los beneficiarios de la actividad desarrollada por la entidad no lucrativa).

Es indiscutible, sin embargo, la existencia de un acuerdo, un consenso de voluntades, independientemente de que se asuma una obligación unilateral, que es conformada y

(45) En contra, recogiendo la posición de ALMANSA PASTOR, NIEVES NIETO, N. de, "Voluntariado y empleo en el tercer sector", cit., p. 302;

controlada por la contraparte, que el convenio o acuerdo beneficie sólo a uno de los intervinientes, que la resolución del vínculo o del compromiso quede siempre abierta, que haya que ir construyendo un difícil régimen jurídico, de lo que sin duda se terminará encargando la jurisprudencia. En fin, estaríamos ante un instituto contractual atípico pero no por ello es descartable sin más su existencia.

Por otra parte, ningún beneficio se deriva para el voluntario de la inexistencia de relación contractual, es más su negación nos revive las superadas teorías relacionistas de incorporación a la empresa y no parece deseable que se restablezcan de uno u otro modo sus efectos perversos. Probablemente, la tarea de dilucidar sobre la naturaleza jurídica del voluntariado se complique por lo difícil que resulta separar algunas actividades de voluntariado del más común de los contratos de trabajo, para lo que sólo hay un recurso indiscutible y probablemente único: la autorización legal para la disociación⁴⁶.

No obstante lo anterior, de esa regulación legal que comentábamos antes, de la que se deduce la ausencia de vínculo contractual, no es menos cierto que el legislador otorga al compromiso de incorporación una gran trascendencia, toda vez que del mismo hace derivar importantes aspectos del contenido de la prestación del voluntario, tales como el contenido de las funciones, actividades, tiempo, etc. Por ello, es fundamental determinar hasta qué punto la libertad de la entidad pública o privada sin ánimo de lucro y el voluntario es soberana para el libre establecimiento del contenido de los elementos que obligatoriamente ha de contemplar el compromiso de actividad, o por el contrario, están sujetos a algunos de los límites que se contemplan en la normativa jurídico-laboral.

C) Posible aplicación de los principios jurídico-laborales al desarrollo de la actividad del voluntariado

En la Ley estatal 6/1996, de 15 de marzo, no se establece a lo largo de su articulado ninguna mención referente a la aplicación de los principios jurídico-laborales al voluntario durante el ejercicio de su actividad. No obstante, al ser el Estatuto de los Trabajadores una norma que regula la prestación de un servicio por cuenta ajena, con el objetivo, en buena medida, de garantizar un mínimo de dignidad en el ejercicio de dichas funciones, se podría considerar a ésta como una norma aplicable por analogía, persiguiendo la salvaguarda del voluntario. Ésta es la idea que expresamente recoge la versión de la Comunidad de Madrid de la Ley de voluntariado en la que, como ya se ha mencionado, se considera expresamente aplicable la normativa laboral al voluntario en lo que se refiere a las condiciones y circunstancias de realización de la actividad del voluntario⁴⁷. Ello no podría ser de otro modo, puesto que no tiene sentido que el voluntario no esté sujeto a los límites temporales, por ejemplo, de la prestación de trabajo asalariado, por el mero hecho de que el voluntario no reciba salario, o de que, en general, las condiciones

(46) Muy parecidos problemas plantea decidir sobre la naturaleza jurídica de los trabajos de colaboración social y ha dado lugar a calificaciones jurisprudenciales verdaderamente dispares. Véase CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., "Los trabajos de colaboración social", cit., pp. 291 y ss., especialmente pp. 293-294.

(47) En semejante sentido se pronuncian la Leyes 4/1995, de 16 de marzo, del Voluntariado en Castilla-La Mancha y 7/1998, de 6 de mayo, del Voluntariado en La Rioja.

de ejercicio de su actividad sean más penosas que las de un trabajador por el hecho de que las realice de forma altruista.

En lo que respecta al salario, a pesar de que la inexistencia de éste es el elemento definitorio, precisamente, del voluntariado, ello no significa que el voluntario no vaya a recibir a cambio ningún tipo de compensación económica. En este sentido, tras establecer como obligación del voluntario la de rechazar cualquier contraprestación material que pudiera recibir del beneficiario o de otras personas relacionadas con su acción [art. 7.c)], la Ley estatal 6/1996, al mismo tiempo prevé el derecho del voluntario a ser reembolsado por los gastos realizados en el desempeño de sus actividades. Es lógico, a tenor del cuidado de la propia ley de exigir la gratuidad de la prestación, que dichos gastos no incluirán en ningún caso la compensación del tiempo invertido en la realización del servicio, en definitiva, del valor de la fuerza de trabajo empleada en éste. Es decir, sólo serán compensables aquellos gastos extra resultado de la realización y que repercuten en la actividad directamente⁴⁸. Paradójicamente, en algunas de las leyes autonómicas⁴⁹ se va más allá de lo que se refiere a la mera compensación de los gastos realizados en el ejercicio de la actividad. En concreto, se entiende que el carácter desinteresado de la prestación no es incompatible con la percepción de los incentivos que legalmente puedan establecerse.

Jurisprudencialmente se detectan supuestos en los que, a pesar de no encajar exactamente en el concepto de compensación de gastos, son excluidos también del concepto de salario⁵⁰. A este respecto, serían admisibles una serie de factores para la calificación de tales partidas como salario: en especial, el carácter periódico del pago, así como el hecho de tratarse de cantidades fijas y no ponderables a los auténticos gastos ocasionados. La jurisprudencia obvia dichos indicios e invierte la presunción de laboralidad contenida en el art. 8.1 ET⁵¹. En concreto, valora el tipo de entidad receptora como indicio suficiente para poder negar el carácter laboral de la prestación a cambio

**EL VOLUNTARIO DEBE
GOZAR DE UNOS DERECHOS
ESTRICTAMENTE LABORALES,
DEBIENDO RECIBIR UNA
COMPENSACIÓN POR
GASTOS, TODA LA
INFORMACIÓN, FORMACIÓN
Y MEDIOS NECESARIOS
Y DEBERÁN ESTAR
ASEGURADOS DE LOS
RIESGOS DE ACCIDENTE Y
ENFERMEDAD DERIVADOS
DEL EJERCICIO DE DICHA
ACTIVIDAD**

(48) Incidiendo en esta dirección la Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado en Andalucía, establece en su art. 11.e) que el reembolso de los gastos que pudieran derivarse del desempeño de sus actividades, estará condicionado a que los mismos hayan sido previamente autorizados por la entidad responsable.

(49) Así, por ejemplo, la Ley del voluntariado de la Comunidad de Valencia (Ley 4/2001, de 19 de junio).

(50) STSJ de Castilla y León (Valladolid), de 11 de junio de 2001, Ar. 3585; SSTCT de 20 de marzo de 1985, Ar. 1984; de 16 de diciembre de 1986, Ar. 13847, y de 21 de julio de 1987, Ar. 16545.

(51) La STSJ de Andalucía, Málaga, de 31 de diciembre de 1993 (AS 1993\5172) declara expresamente la inaplicabilidad de dicha presunción.

de la cual se recibe la compensación económica. De este modo, la STSJ de Galicia, de 29 de junio de 2001, Ar. 1708, aun admitiendo que un trabajador recibía con carácter periódico una gratificación por atender el bar de una asociación, considera que la voluntad de las partes era contraria a la creación de una relación laboral, apoyándose en la inexistencia de una auténtica dependencia entre prestador y receptor del servicio⁵². Esta última mención nos confirma en la afirmación anterior de que aun en el caso de existir cierta remuneración, la naturaleza de la entidad receptora de la actividad condiciona, para la jurisprudencia, evitándola, la aplicación de la presunción de laboralidad. Como queda dicho, en ocasiones se apela a la retribución, obviando las condiciones concurrentes de ajenidad y dependencia. Por el contrario, cuando concurre la susodicha retribución pasa a un primer plano, en aras a su exclusión, la dependencia. Una reconstrucción indicia-ria, tradicional en nuestra jurisprudencia para reconstruir el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, de la que no estará ausente, a juzgar por la experiencia, el margen de discrecionalidad y la inseguridad jurídica. Esta misma tendencia es apreciable en el Derecho comparado. En concreto, la jurisprudencia francesa, ante la imposibilidad de diferenciar las partidas periódicas recibidas por los voluntarios adscritos a la Cruz Roja francesa de un auténtico salario, elaboró la teoría según la cual el elemento diferenciador habría de buscarse en la voluntad de la entidad sin ánimo de lucro de pagar o no un auténtico salario. Es decir, lejos de basarse en criterios de carácter objetivo, es la voluntad de una de las partes, para más señas, de la empresa, deducida de los elementos concurrentes, la que contribuirá a su delimitación; siendo elementos coadyuvantes la vinculación del voluntario con el organismo sin ánimo de lucro⁵³.

La compensación económica del voluntario, dado que expresamente se excluye que sea una compensación por la actividad realizada, sino sólo por los daños ocasionados, habría de encontrar su justificación en el más genérico art. 1893 CC⁵⁴, independientemente, pues, de que expresamente se haya pactado el mismo. No obstante, en alguna de las leyes autonómicas se detectan ciertos indicios de confusión a la hora de consagrar dicho derecho, al afirmar que sólo en el caso de que así se haya establecido en el clausulado del compromiso de incorporación, el voluntario tendrá derecho a obtener la compensación. En definitiva, se concibe no como compensación de los gastos previos, sino como una especie de remuneración por la actividad realizada⁵⁵.

(52) En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 27 de julio de 2001, Ar. 3585.

(53) Esta jurisprudencia, así como un comentario a la misma, puede verse en SAVATIER, J., "La distinction du contrat de travail et des services bénévoles", cit., pp. 494 y ss.

(54) Véase NIEVES NIETO, N. de., "Voluntariado y empleo en el tercer sector", cit., p. 295.

(55) Véase el art. 6.e) de la Ley 17/1998, de 25 de junio, del Voluntario en el País Vasco: el voluntario tendrá derecho a "recibir una compensación económica por los gastos realizados en el desempeño de su actividad, siempre que así se haya establecido en las condiciones pactadas entre el voluntario y la organización y dentro de los límites previstos en dicho acuerdo".

En el art. 6 se enumeran, además, una serie de derechos del voluntario, muchos de los cuales podrían encontrar su paralelo en derechos estrictamente laborales. No obstante, aparte de los expresamente mencionados, y aunque no se mencionen en dicho art. 6, el voluntario habrá de gozar de una serie de derechos estrictamente laborales. En cuanto a los primeros, el voluntario tiene derecho a recibir, tanto con carácter inicial como permanente, la información, formación, orientación [asimilable al contenido en el art. 4.2.b) ET], apoyo y medios materiales necesarios para el ejercicio de las funciones que se le asignen. Junto a ello, los voluntarios habrán de ser tratados sin discriminación. En tercer lugar, deberán ser asegurados contra los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente del ejercicio de la actividad voluntaria. Por último, el voluntario habrá de realizar sus actividades en las debidas condiciones de seguridad e higiene en función de la naturaleza y características de aquélla⁵⁶. En la interpretación de dichos preceptos habrán de aplicarse los mismos criterios que los existentes en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, como por ejemplo, en lo que se refiere a accidente y enfermedad y seguridad e higiene.

Junto a estos derechos expresamente consagrados a favor del voluntario, han de considerarse aplicables el resto de los derechos laborales básicos, excepto los relacionados con la remuneración⁵⁷. De este modo, habrán de respetarse los límites de duración de la jornada, descanso entre jornadas, trabajo nocturno, etc., propios de la relación laboral. La auténtica razón de esta aplicación se encuentra en el bien jurídico protegido a través de dichas normas, que no es otro que la salvaguarda de la integridad física y la salud del trabajador. Partiendo de dicha premisa, se ha de llegar a la conclusión de que no es trascendente el título de apropiación de la fuerza de trabajo a la hora de proceder a la protección de la persona que realiza la prestación de servicios⁵⁸.

La cesación de la función de voluntario, como consecuencia no sólo de su carácter libre y altruista, no podrá estar sujeto a ningún tipo de límite, a pesar de que la Ley estatal establezca que las condiciones de las bajas serán establecidas en el acuerdo o compromiso de incorporación [art. 9.d)]. En esta misma dirección incide la Ley andaluza, que subordina el derecho del voluntario a cesar su actividad al cumplimiento de los requisitos expresamente pactados entre éste y la entidad receptora [art. 11.h)]. Más coherentemente, algunas Leyes autonómicas configuran como un derecho del voluntario el cesar libremente, previo aviso, en su condición de voluntario⁵⁹.

(56) El art. 12.i) de la Ley 7/2001, de 12 de julio, del Voluntariado en Andalucía, configura dicho derecho también como un deber del voluntario de respetar las medidas de seguridad e higiene que al efecto se arbitren.

(57) En contra SAVATIER (“La distinction du contrat de travail et des services bénévoles”, cit., p. 499”), afirma que resulta paradójico que el Derecho del Trabajo cuya finalidad es evitar que el trabajo humano sea tratado como una mercancía sea invocado para oponerse al desarrollo de actividades que se hallan fuera del mercado.

(58) Véase la Exposición de Motivos de la Ley del Voluntariado de Galicia, cuando afirma que “en ningún caso podrá utilizarse [el voluntariado] para vulnerar los derechos laborales o destruir puestos de trabajo”.

(59) Art. 6.j) de la Ley del Voluntariado del País Vasco; art. 7.g) de Ley del Voluntariado de Valencia (4/2001, de 19 de junio); art. 6 de la Ley Foral del Voluntariado de Navarra (2/1998, de 27 de marzo); art. 14 de la Ley del Voluntariado de Galicia (3/2000, de 22 de diciembre).

5. CONCLUSIONES

El análisis de la normativa reguladora del voluntariado, así como de los escasos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales, por el momento, al respecto, nos llevan a afirmar que el objetivo perseguido por una y otros es el de diferenciar claramente entre la prestación de trabajo por cuenta ajena y la actividad realizada por el voluntario. Embarcados en dicho proyecto, se acude a argumentaciones en muchas ocasiones contradictorias para eludir cualquier punto de conexión entre ambas instituciones.

Sin embargo, tal y como se ha venido sosteniendo, las conexiones entre las mismas son evidentes. La propia normativa reguladora del voluntariado, al menos en lo referente a la delimitación de las características básicas de la prestación del voluntario, obedece a la constatación de importantes nexos de unión. Obviamente, en ambos casos nos encontramos en presencia de una prestación de servicios, en la que el trabajador o el voluntario cede el fruto de su trabajo a otro, insertándose en una organización extraña. Por otra parte, como en ocasiones se advierte por el propio legislador, la institución del voluntariado puede utilizarse de manera torcida para eludir la aplicación de la normativa jurídico-laboral.

Estas circunstancias iniciales hubieran debido de bastar para que el legislador hubiese introducido criterios de delimitación más precisos entre los mismos. No consideramos que la intención del voluntario o el carácter no remunerado de la actividad sean argumentos suficientes. El primero es un criterio meramente subjetivo de difícil constatación, en tanto que el segundo es un mero indicio de la inexistencia de una relación laboral, pero no al contrario.

Por último, del mismo modo que en algunas normas autonómicas se ha hecho, el legislador nacional, así como el resto de las normas autonómicas, deberían haber introducido en su articulado algún tipo de mención acerca de la necesaria extensión de la normativa jurídico-laboral a la prestación de servicios del voluntario, así como acerca de la intensidad y límites de la misma.

Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres⁽¹⁾

EUGENIA REVILLA ESTEVE

Profesora Ayudante-Doctor
de la Universitat Pompeu Fabra
de Barcelona

Sumario:

1. La regulación comunitaria de la igualdad de trato por razón de sexo: últimas modificaciones normativas. 2. Análisis del contenido de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, desde la perspectiva que ofrecen sus novedades. 3. Conclusiones: un balance provisional sobre las novedades introducidas en materia de igualdad de trato por razón de sexo.

1. LA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA IGUALDAD DE TRATO POR RAZÓN DE SEXO: ÚLTIMAS MODIFICACIONES NORMATIVAS

En el Derecho Comunitario “no existe un reconocimiento expreso e integral del principio de igualdad”, como se produce en algunos textos constitucionales de los Estados miembros de la Comunidad¹; aunque sea posible encontrar algunas de sus manifestaciones como el reconocimiento de la igualdad por razón de sexo en materia retributiva del art. 141 (anterior art. 119 TCEE), o la igualdad por razón de nacionalidad del art. 12 TCE (anterior art. 6 TCEE).

(1) ALARCÓN CARACUEL, M.R., “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”, en AAVV, *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral* (Coord. J. Cruz Villalón), Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 19.

La explicación de esta ausencia tiene que ver con los objetivos básicamente económicos² que en sus orígenes perseguía la Comunidad Europea. Se pretendía construir un mercado donde quedara asegurada la libertad de circulación de mercancías y por extensión, también de servicios, capitales y trabajadores. En una segunda fase, y gracias a la existencia de tal mercado interior, se lograría un mayor desarrollo económico que a su vez conduciría por sí mismo al progreso social de la Comunidad por entero. Por este motivo, los planteamientos comunitarios sobre los derechos sociales en el ámbito de las relaciones laborales no tuvieron nunca consideración preferente, no siendo necesario, por otro lado, preocuparse por incorporar un reconocimiento explícito y genérico del principio de igualdad. Sin embargo, con el paso de los años el carácter económico inicial de la Comunidad se irá atemperando en favor de otro más social, al considerarse que la expansión económica resultante de la consecución del mercado interior también ha de conducir a la mejora de la calidad y nivel de vida³.

Dentro del panorama desolador inicial en lo que se refiere al desarrollo de los derechos sociales en el ordenamiento comunitario, existen sin embargo, dos “oasis de socialidad”⁴ que coinciden con la introducción de reglas antidiscriminatorias en la Comunidad⁵: de un lado, la libre circulación de trabajadores que ha de suponer la “abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros” (art. 48 TCEE); y de otro lado, la aplicación del “principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo” (art. 119 TCEE).

Con respecto a la primera, en su concepción originaria la igualdad de trato por razón de la nacionalidad se presenta como un mero elemento instrumental al objeto de la construcción del mercado interior. Esto es, por sí mismo no tiene la intención de asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores comunitarios, sino simplemente facilitar que éstos circulen libremente por el espacio económico europeo, como si de una mercancía más se tratase. Con el paso del tiempo, la libertad de circulación adquirirá una cierta autonomía respecto a estos objetivos estrictamente económicos, desplegando sus potencialidades en el campo social y, provocando al mismo tiempo que la vertiente del principio de igualdad que encierra se expandiese principalmente bajo formas de Derecho derivado (reglamentos de Seguridad Social, etc.)

(2) Un claro ejemplo de este hecho es la propia inclusión del art. 119 en el Tratado. Para ver los motivos de su inclusión vid. MONTÓYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M^a., y SEMPÉRRE NAVARRO, A.V., *Instituciones de Derecho Social Europeo*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 20.

(3) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F^a., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 135 y ss.

(4) DURÁN LÓPEZ, F., Las libertades fundamentales en la CEE: la libertad de circulación de trabajadores, en AAVV, *Cuestiones actuales de Derecho Comunitario Europeo* (Coord. J. M. Peláez Morón), Córdoba, 1992, pág. 104.

(5) CRUZ VILLALÓN, J., “Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el Derecho Comunitario”, en AAVV, *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral* (Cord. J. Cruz Villalón), Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 34.

La Directiva 2002/73/CE sobre igualdad de trato por razón de sexo

Con respecto a la segunda, la igualdad de trato por razón de sexo ha experimentado a lo largo de los años de existencia de la Comunidad una expansión más grande de lo que en un principio pudiera pensarse con su introducción en el Tratado. Así, por diversas vías, tanto legislativas como jurisprudenciales, este principio se ha expandido a todos los ámbitos de las relaciones laborales y ha supuesto una impronta importante en las evoluciones posteriores de las legislaciones nacionales de los Estados miembros.

Inicialmente las previsiones en materia de igualdad de trato por razón de sexo se concretan en la remuneración con la aprobación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, *relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos*, de 10 de febrero de 1975⁶. Conforme a este instrumento la igualdad de trato por razón de sexo prohíbe que un mismo trabajo o un trabajo al que se atribuye un mismo valor sea retribuido de manera diferente en función de si quien lo presta es hombre o mujer. Es decir, el papel de la Directiva es clarificar o explicar el contenido del art. 141 TCE así como proporcionar algunas reglas explícitas sobre la protección judicial a las víctimas a las que no es de aplicación el principio de igualdad salarial. De ahí que el TJCE se dedique básicamente a interpretar el artículo del Tratado y la Directiva 75/117/CEE tenga una relevancia práctica bastante limitada⁷.

Si la Directiva 75/117/CEE atiende el aspecto prioritario del principio de igual trato retributivo, la Directiva del Consejo 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976⁸, *relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo*, se propone extender el principio a aspectos distintos de los estrictamente salariales.

Con la extensión del ámbito de aplicación del principio de igualdad al conjunto de la relación de trabajo (incluso a estados previos a la misma como son los estadios formativos) la intervención comunitaria va más allá de las previsiones originarias, esto es, la regulación de la competencia entre empresas que operan en un mercado único. Este cambio de orientación

LA DIRECTIVA HA IDO MÁS ALLÁ EN LOS OBJETIVOS INICIALES CONTENIDOS EN LA PRIMERA PROPUESTA DE LA COMISIÓN YA QUE HA REALIZADO MÁS QUE UNA MODIFICACIÓN DE UN TEXTO NORMATIVO ANTERIOR

(6) DOCE L45, de 19 de febrero de 1975, págs. 19 a 20.

(7) SENDEN, L., “La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria”, en AAVV, *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral* (Cord. J. Cruz Villalón), Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 139.

(8) DOCE L39, de 14 de febrero de 1976, págs. 40 a 42.

no era previsible sobre todo si se tiene en cuenta que el legislador comunitario podía haber satisfecho el objetivo del mercado interior utilizando un mecanismo diametralmente opuesto: dejando a las empresas carta blanca par determinar el tratamiento a otorgar a la mano de obra femenina. Por consiguiente, con la aprobación de esta Directiva y con las que le siguen en años sucesivos se puede reconocer una verdadero salto en la acción comunitaria en la lucha por la igualdad de trato, que en absoluto estaba implícito en la lógica del art. 119 TCEE⁹.

Si, como hemos visto, la igualdad de trato por razón de sexo comenzó siendo un medio para prevenir la distorsión de la competencia, con la entrada en vigor del TA, al aumentar en el propio Tratado las disposiciones en materia de igualdad de oportunidades de forma importante, su consecución se convierte en un objetivo comunitario expreso, circunstancia que, por otra parte coincide con la opinión del TJCE que había venido integrándolo entre los derechos fundamentales comunitarios¹⁰.

Así, el art. 3 TCE fija en su apartado 2 que entre los objetivos que ésta persigue está el de “eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”, siendo el art. 141.3 TCE el precepto encargado de trasladar dicho principio al ámbito del empleo y la ocupación. Por consiguiente, en la actualidad el principio de igualdad de trato es una “misión”¹¹ y un “objetivo” comunitario, lo que implica que la Comunidad está obligada expresamente a promoverlo en el marco de sus políticas y programas¹².

La modificación de los Tratados constitutivos y la copiosa jurisprudencia del TJCE ha conducido a las instituciones comunitarias a revisar recientemente el marco jurídico del principio de igualdad de trato en el empleo y en la ocupación establecido en la Directiva 76/207/CEE. Proceso que ha culminado con la aprobación el 22 de septiembre de 2002 de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que como indica su título “modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo”¹³. Sin embargo, aunque inicialmente fueran éstas las intenciones de la nueva Directiva, observando la propuesta inicial presentada por la Comisión y el curso que ha seguido su iter

(9) Obsérvese cómo la propia Directiva 76/207/CEE se fundamentaba en el art. 235 TCEE en lugar del art. 119 TCEE.

(10) Asunto 149/77, *Defrenne III*, de 15 de junio de 1978, pág. 1.365, apartado 27, y Asunto 13/94, de 30 de abril de 1996, Rep. 1996-I, pág. 2.143, apartado 19.

(11) La consideración de la eliminación de la igualdad como una “misión” de la Comunidad es fruto de la modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam que no sólo ha consagrado este principio sino que también ha ampliado las posibilidades de actuación comunitarias. En este sentido, téngase en cuenta el juego que comportan los arts. 2, 3, 137 y 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

(12) Téngase en cuenta el art. 13 TCE que faculta al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por razón de sexo, origen racial, étnico, religioso o ideológico, de discapacidad, edad y orientación sexual.

(13) DO L 269 de 5 de octubre de 2002.

legislativo (en especial el intenso debate entre el Parlamento Europeo y el Consejo), puede aventurarse que las modificaciones han sido de más hondo calado.

Y ello tiene que ver en gran medida con el contexto jurídico en que se inscriben los trabajos de elaboración de la misma. En este sentido, hay que decir que estos trabajos se inician el 17 de junio de 2000 a raíz de una propuesta que realiza la Comisión¹⁴ en el marco del “Programa de Acción Comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006)”¹⁵; y paralelamente a la aprobación de dos Directivas también en materia de igualdad, aunque referidas a cuestiones diversas a la discriminación por razón de sexo como son: la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual y origen racial o étnico¹⁶. Es decir, en un contexto en donde la lucha contra la discriminación por razón de sexo a nivel comunitario ha cobrado un nuevo impulso al considerarse que este principio constituye uno de los pilares del progreso social al que la Comunidad tiene que aspirar.

Si se analizan los objetivos iniciales contenidos en la primera propuesta de la Comisión¹⁷ y se contrastan con el texto definitivo de la Directiva 2002/73/CE se aprecia cómo con este instrumento normativo la Comunidad ha realizado algo más que una modificación de un texto normativo anterior. Ya que en realidad ha dado un paso más en la línea de asegurar la efectiva aplicación del principio de igualdad en materia de empleo y ocupación.

Así, se ha avanzado, entre otros aspectos, en: la definición de conceptos que hasta el momento se encontraban dispersos en distintos textos normativos o en la jurisprudencia del TJCE; se ha reforzado la protección de las personas que presentan quejas por motivos de discriminación; se han aclarado los términos en que puede excepcionarse el principio de igualdad de trato, aumentado las posibilidades del recurso por parte de los Estados miembros a las medidas de acción positiva a favor de las mujeres; se ha reforzado la protección a las mujeres ante el embarazo y la maternidad, y se ha puesto de relieve el papel de los interlocutores sociales en la aplicación del principio de igualdad de trato.

(14) “ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica la Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo”. COM (2000) 334 Final, DO C 337 de 28 de diciembre de 2000.

(15) DO L 303 de 2 de diciembre de 2000.

(16) La Directiva 2000/43/CE del Consejo, 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 (DO L 180 de 19 de julio de 2000); y la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303 de 2 de diciembre de 2000).

(17) Así, la Directiva pretendía definir claramente, por primera vez, el acoso sexual en el trabajo como discriminación por motivo del sexo. Así mismo perseguía reforzar la protección de aquellos trabajadores que presentaran quejas por discriminación, incluso una vez concluida su relación laboral y clarificar el derecho de los Estados Miembros de prever excepciones al principio de igualdad de acceso al empleo cuando se tratase de prohibir el acceso de la mujer a determinados puestos de trabajo, demostrando que el sexo constituía un factor determinante. Igualmente, perseguía reconocer una protección especial a la mujer por su condición biológica, reconociéndole el derecho a regresar al mismo puesto de trabajo una vez concluido su permiso por maternidad. Y finalmente pretendía dar carta de naturaleza a las acciones positivas que adoptaran los Estados a favor de las mujeres como forma de mejorar su situación laboral en la Comunidad.

2. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA 2002/73/CE, DE 23 DE SEPTIEMBRE, DESDE LA PERSPECTIVA QUE OFRECEN SUS NOVEDADES

La Directiva 2002/73/CE consta de cuatro artículos, siendo el primero de ellos el que contiene las principales modificaciones a la Directiva 76/207/CEE y en el que se va a centrar nuestro análisis¹⁸.

El art. 1.1 de la Directiva 2002/73/CE introduce un **art. 1 bis** en el art. 1 de la Directiva 76/207/CE cuya finalidad principal es aportar los cambios que ha sufrido el tratamiento del principio de igualdad de trato en estos años en la Comunidad al pasar de ser un simple principio a convertirse en un objetivo. Pese a que la adaptación de la Directiva 76/207/CEE al marco jurídico de referencia era necesaria desde la entrada en vigor del TA con la aprobación del art. 3 TCE, lo cierto es que en este punto puede hacerse una crítica a la Directiva: haber dejado pasar la oportunidad para vincular directa y activamente a los Estados en la lucha contra la desigualdad entre hombres y mujeres, ya que si se lee atentamente el texto de la Directiva se observa cómo el mismo simplemente hace referencia a que éstos “tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres”. Redacción que queda lejos de las propuestas iniciales de la Directiva mucho más contundentes que hacían referencia a que los “Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para que puedan promover de modo activo y visible el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres”¹⁹.

El apartado 2 del art. 1 de la Directiva 2002/73/CE es una de las principales novedades que aporta esta norma. Con él queda sustituido en su integridad el anterior art. 2 de la Directiva 76/207/CEE, y sus 4 apartados, pasando a 8 con la nueva redacción.

Así mientras el nuevo **art. 2.1** de la Directiva conserva el redactado original de la definición del principio de igualdad de trato, que vincula este principio a la ausencia de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo; su apartado segundo (**art. 2.2**) resulta más innovador al introducir algunas definiciones no contempladas nunca antes por una Directiva.

Las nociones que expresamente define la Directiva son las de: “discriminación directa”, “discriminación indirecta”, “acoso” y “acoso sexual”. Si la noción de “discriminación directa” estaba recogida ya en la Directiva 76/207/CE, por el contrario, la noción “discriminación indirecta” no quedaba definida expresamente²⁰, debiendo acudirse para su interpretación a la jurisprudencia sobre libre circulación de trabajadores del TJCE²¹, y

(18) Cuando se hace mención a “la Directiva” me referiré a la Directiva 76/207/CEE en su versión modificada por la Directiva 2002/73.

(19) Vid. COM (2000) 334 Final, de 7 de junio de 2000, pág. 16; y COM (2001) 321 Final, de 7 de junio de 2000, pág. 12.

(20) Para un estudio de la misma en relación a la Directiva vid. BALLESTER PASTOR, A., “La propuesta de reforma de la Directiva 76/201: Evolución y adaptación del principio de no discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”, TL, núm. 59, 2001, págs. 221 a 242.

(21) Entre otras: Asunto 342/1993, Gillespie, Rep. 1996-I, pág. 475; Asunto 394/1996, Brown, Rep. 1998-I, pág. 4.185; y Asunto 237/94, O’Flynn contra Adjudication Officer, de 23 de mayo de 1996, Rep. 1996, pág. 2.417.

posteriormente a algunos textos de derecho derivado, en especial la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo²² y las denominadas “directivas gemelas” de 2000²³; de ahí su necesaria sistematización por la Directiva de 2002.

Por el contrario, las nociones de “acoso” y “acoso sexual” son definidas expresamente por primera vez en una Directiva. Ciertamente es que la noción de “acoso” había sido empleada ya con anterioridad en otros textos normativos comunitarios²⁴. Sin embargo, para su concreción normativa por lo general era necesario acudir a la normativa y prácticas nacionales de cada Estado miembro, por la operación de reenvío y simple calificación como conducta discriminatoria que se producía desde la instancia comunitaria. El escenario cambia con esta Directiva que otorga a la noción de “acoso” un alcance comunitario y la vincula al sexo, con lo que cualquier conducta de este tipo automáticamente es considerada como un acto discriminatorio por razón de sexo (art. 2.3 de la Directiva) y como tal sancionada con las medidas que la propia Directiva contempla.

En cuanto a la noción de “acoso sexual”, hay que decir que aunque no sea un fenómeno nuevo lo cierto es que hasta hace relativamente poco tanto el legislador comunitario como los legisladores nacionales lo habían ignorado en gran medida. Por otro lado, aunque sea cierto que era posible encontrar varias medias comunitarias que buscaban prevenir y combatir el acoso sexual en el trabajo en el plano comunitario²⁵, desde

LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD SE PERMITE SI ES DEBIDA A LA NATURALEZA O AL CONTEXTO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL, SI CONSTITUYE UN REQUISITO PROFESIONAL ESENCIAL Y PROPORCIONADO Y SIEMPRE QUE EL OBJETIVO SEA LEGÍTIMO

(22) DO L 14 de 20 de enero de 1998.

(23) Art. 2 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000 y art. 2 de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000. Al respecto ténganse en cuenta también los datos que proporcionan las propuestas de Directiva que presenta inicialmente la Comisión: COM (1999), 565 Final, de 25 de noviembre de 1999 y COM (1999) 566 Final, de 25 de noviembre de 1999.

(24) Art. 2.3 Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000 y art. 2.3 Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000.

(25) Las instituciones comunitarias han emprendido diversas iniciativas para prevenir y combatir el acoso sexual en el trabajo. Así, en los años ochenta la Comisión solicita la realización de un estudio sobre el acoso sexual, estudio que es repetido diez años después para evaluar los posibles cambios acaecidos en los Estados miembros en dicho período. A estas iniciativas cabe sumar otras tantas como por ejemplo: la Recomendación de la Comisión de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo con su código de conducta anexo (DO L 49, de 24 de febrero de 1992); la Declaración del Consejo de 1991, relativa a la aplicación de la Recomendación de la Comisión, incluido el código práctico (DO C 027, de 4 de febrero de 1992); o la Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 1995 por la que se adopta el cuarto programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000), en la que se insiste en la necesidad de una acción comunitaria para luchar contra el acoso sexual (DO L 335, de 30 de diciembre de 1995).

el punto de vista práctico dichas medidas resultaban poco operativas²⁶. Y ello fundamentalmente era debido a que el TJCE no disponía de un concepto unívoco que le permitiera vincular determinados actos a una conducta de acoso sexual, con lo que la apreciación de dichos actos potencialmente discriminatorios quedaban, a menudo, en manos de la apreciación discrecional del juez nacional. Con la definición que se contempla en el art. 2.2 de la Directiva no sólo se dispone ya de un concepto comunitario de “acoso sexual” sino que su establecimiento incrementa la seguridad judicial al quedar el TJCE vinculado a la misma en su interpretación, y al establecer el art. 2.3 de la Directiva que el acoso sexual es en sí mismo una conducta discriminatoria.

Si el **apartado 4 del art. 2** de la Directiva prohíbe en su primer párrafo y califica de discriminatorios por razón de sexo el acoso y el acoso sexual; el segundo párrafo aclara que cualquier conducta por parte de la víctima, sea porque rechace tal actitud discriminatoria sea porque se someta a la misma, no podrá ser utilizada para tomar decisiones que le afecten. Ello implica que ante situaciones en que se produzcan conductas discriminatorias por razón de sexo sus víctimas gozan de una protección global al quedar invalidadas todas aquellas represalias o actuaciones que hayan sido viciadas por la conducta discriminatoria, incluso en los casos en que haya sido la propia víctima quien haya tomado la decisión. Es decir, se protege a la víctima de la discriminación y a cualquier otro trabajador que reprobándola sea represaliado por el empresario.

Igualmente se considera discriminatoria, según el apartado 4 del art. 2 de la Directiva, toda “orden de discriminar a personas por razón de sexo”, es decir, la protección contra una conducta discriminatoria por razón de sexo se extiende además al acto potencial que la origina. Por consiguiente no es necesario que la conducta discriminatoria se materialice ya que simplemente es suficiente con que se prevea que se va a producir. Esto supone que una persona que se considere que puede ser discriminada por una orden potencialmente discriminatoria del empresario active los mecanismos de tutela que la Directiva prevé antes que la misma despliegue todos sus efectos, es decir, no será necesario esperar al resultado de la orden para considerarla discriminatoria.

El **apartado 5 del art. 2** de la Directiva alienta a los Estados miembros e interlocutores sociales a “adoptar medidas para prevenir todas las formas de discriminación por razón de sexo”, poniendo especial énfasis en las conductas de “acoso y acoso sexual en el lugar de trabajo”. Qué duda cabe que la normativa estatal, los convenios colectivos o las prácticas nacionales a las que también alude este apartado son instrumentos eficaces para luchar en contra de estas conductas discriminatorias en el trabajo, pero quizás hubiera sido más deseable que el texto del precepto hubiera sido más valiente en su formulación, obligando directamente a todos estos colectivos a adoptar medidas normativas concretas, máxime teniendo en cuenta el balance que arroja hasta el momento el diálogo social a nivel

(26) Todo ello pese a que en el marco de las instituciones europeas ya existía un Código de Conducta de la Comisión Europea de 1991 en el que se definía el acoso sexual como una conducta discriminatoria en el trabajo; texto que, por otra parte, ha servido de base para la definición que contienen la Directiva y el resto de Directivas sobre igualdad basadas en el art. 13 TCE.

comunitario. Esto es, la ausencia de una voluntad manifiesta, por parte de los sindicatos y de la patronal europea, de ponerse de acuerdo para erradicar el acoso sexual en el trabajo, que ha forzado incluso a la propia Comisión a adoptar sin su consenso esta Directiva.

Que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no es un principio absoluto lo demuestra el hecho de que admite excepciones en ciertas condiciones, que prevé el apartado 6 del art. 2 de la Directiva²⁷. Según este artículo, la excepción al principio de igualdad de sexo se permite si es debida a la naturaleza de la actividad profesional o al contexto mismo en que se lleva a cabo; si además “constituye un requisito profesional esencial y determinante” de dicha actividad profesional; y finalmente, “siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

Hay que decir que tal previsión no es nueva dado que ya existía en la redacción original de la Directiva de 1976, si bien ahora se encuentra más matizada gracias a las aportaciones que desde su aprobación ha ido realizando el TJCE. En efecto, desde la entrada en vigor de la Directiva 76/207/CEE el TJCE se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la manera de interpretar la posibilidad que tienen los Estados miembros de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a ciertas actividades profesiones y, en algunos casos incluso, las formaciones que a ellas conducen, para las que el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio²⁸.

Así, según la jurisprudencia del TJCE, la excepción que introduce la Directiva debe interpretarse restrictivamente y su aplicación debe efectuarse respetando el principio de proporcionalidad. Es decir, que las excepciones al principio de igualdad de trato por razón de sexo, como cualquier excepción a un derecho fundamental, no sobrepasen los límites de lo adecuado y necesario para la consecución del objetivo propuesto²⁹, lo que exige conciliar, en la medida de lo posible, este principio con las exigencias determinantes de las condiciones de ejercicio de la actividad de que se trate. Por tanto, cuando un Estado miembro decide excluir una actividad del ámbito de aplicación de la Directiva, está obligado a examinar caso por caso siempre y en cualquier caso periódicamente las actividades de que se trate para determinar, teniendo en cuenta la evolución social, si subsisten las razones que motivaron la excepción al régimen general de la Directiva: y teniendo presente que las disposiciones de exclusión que se prevean sólo pueden referirse a actividades específicas³⁰.

(27) En efecto, el TJCE ha reconocido, por ejemplo, que el sexo puede ser una condición determinante para trabajos como los de los vigilantes y vigilantes jefes de prisiones (Sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión contra Francia, C318/86, Rep 1986, pág. 3.559, apartados 11 a 18) o para determinadas actividades como las de policía ejercidas en una situación de graves disturbios internos (Sentencia Johnston, C 222/94, de 15 de mayo de 1986, Rep. 1986, pág. 1.651, apartado 37).

(28) El Asunto Johnston, relativo a una situación en que el Chief Constable decidió que los policías portarían armas de fuego en el ejercicio normal de sus funciones, pero las mujeres no serían equipadas ni recibirían adiestramiento en el manejo y uso de armas de fuego, y que las tareas generales de la policía serían confiadas exclusivamente a varones armados. El Asunto Sirdar, C-273/97, de 26 de octubre de 1999 (Rep.1999-I, pág. 7.403), se refería a la exclusión de las mujeres del servicio en unidades de combate como los Royal Marines del ejército británico. Y el Asunto Kreil, C-285/98, de 11 de enero de 2000 (Rep. 2000-I, pág. 69) que hacía referencia a la exclusión de las mujeres de casi todos los empleos militares que implicaren el uso de armas en el Ejército Federal alemán (Bundeswehr).

(29) Asunto Lommers, C-476/99, de 19 de marzo de 2002, Rep. 2002-I, pág. 28.091.

(30) Asunto Comisión contra República Francesa 318/86, de 30 de junio de 1988, Rep. 1988, pág. 3.559. Por el contrario en donde sí que reconoce el TJCE un cierto margen de actuación a los Estados miembros para que aleguen esta excepción es cuando se trate de adoptar medidas que consideren necesarias para garantizar su seguridad pública (vid. Asunto Sirdar).

En suma, el cierto margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para excluir determinadas actividades profesionales del ámbito de la Directiva está sujeto a un proceso de escrutinio estricto, dado que la exclusión sólo puede referirse a supuestos específicos. Y además los Estados miembros están obligados a examinar periódicamente la legitimidad de la exclusión realizada de modo que ésta puede autorizarse en un momento dado, pero no resultar ajustada a Derecho con posterioridad³¹.

El **apartado 7 del art. 2** de la Directiva en su **párrafo primero** recoge de forma similar a como lo hacía el anterior art. 2.3 de la Directiva 76/207 que, es posible la adopción de disposiciones nacionales o comunitarias que garanticen medidas de protección específicas a la mujer, especialmente las referidas a su embarazo y maternidad³². Es decir, este apartado reconoce la legitimidad, en relación con el principio de igualdad de trato, por una parte, de la protección de la condición biológica de la mujer durante su embarazo y después del mismo; y, por otra parte de la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto³³. Esta protección reforzada de la mujer embarazada implica que el ejercicio de tales derechos no puede suponer un trato desfavorable ni en lo que atañe al acceso al empleo ni en lo que respecta a las condiciones de trabajo, porque la atribución de tales derechos específicos tiene como finalidad garantizar la aplicación de igualdad de trato entre hombres y mujeres y ello es así porque como ha declarado el TJCE, la Directiva “tiene por objeto conseguir una igualdad material y no meramente formal”³⁴.

De manera consecuente con este reconocimiento, el **párrafo segundo del apartado 7 del art. 2** de la Directiva atribuyendo en exclusiva a la mujer que haya disfrutado de un permiso de maternidad que, tras la conclusión del mismo, tendrá derecho a “reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente (...) en términos y condiciones que no le resulten menos favorables”; y “a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera podido tener derecho durante su ausencia”³⁵.

(31) La situación de la profesión de comadrona en Gran Bretaña es ilustrativa en este sentido. Inicialmente Gran Bretaña excluyó a los hombres de dicha actividad profesional y de la formación que a ella conducía, lo que fue considerado ajustado a la Directiva según el TJCE porque “en el momento actual, las sensibilidades personales pueden desempeñar un papel importante en las relaciones entre la comadrona y la paciente” (Asunto Comisión contra Reino Unido, C-165/82, de 8 de noviembre de 1983, Rep. 1983, pág. 3.431); sin embargo ya en ese momento el gobierno británico declaró su intención de abrir progresivamente a los hombres, como así ha sucedido.

(32) Asunto *Handels*, C-179/88, de 8 de noviembre de 1990, Rep. 1990-I, pág. 3.979.

(33) En sintonía con lo que de forma reiterada ha venido estableciendo el TJCE en alguna de sus sentencias: Asunto *Hofman*, C-184/83, de 12 de julio de 1984, Rep. 1984, pág. 3.047, apartado 25; y Asunto *Habermann-Beltermann*, C-421/92, de 5 de mayo de 1994, Rep. 1994-I, pág. 1.657, apartado 21; y Asunto *Webb*, C-32/1993, de 17 de julio de 1994, Rep. 1993-I, pág. 3.567, apartado 20.

(34) Asunto *Thibault*, C-136/95, de 30 de abril de 1998, Rep. 1998, pág. 2.011.

(35) Lo que supone, por ejemplo, que la Directiva “se opone a una normativa nacional que prive a una mujer del derecho de ser calificada y, en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional, por haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad” (Asunto *Thibault*, *op. cit.*).

Por consiguiente, la Directiva completa la regulación del permiso por maternidad que hace el art. 10 de la Directiva 92/85/CE, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado luz o en período de lactancia*³⁶, dado que la Directiva 2002/73 no sólo reconoce a la mujer una serie de derechos que con anterioridad no quedaban expresamente reconocidos sino que, además, extiende la protección por discriminación más allá del permiso de maternidad, en concreto al momento en que éste ha finalizado y la mujer debe reincorporarse a su puesto de trabajo³⁷; situación que provoca que la normativa comunitaria se ajuste por primera vez en mayor medida a lo previsto por el Convenio núm. 183 de la OIT sobre *Protección de la maternidad*³⁸.

En sintonía con esta protección del principio de igualdad de trato en la fase final del permiso por maternidad, el **párrafo tercero del apartado 7 del art. 2** la Directiva establece que cualquier “trato menos favorable dispensado a una mujer en relación a su embarazo o su permiso de maternidad” en los términos en que dichas situaciones están contemplados por la Directiva 92/85/CE³⁹ serán considerados discriminatorios y por tanto tutelados por las medidas que prevé la Directiva.

Por consiguiente la Directiva también en este punto completa lo establecido en su día por la Directiva 92/85/CE en su art. 12, en relación con la defensa de los derechos que se otorgan a favor de las trabajadoras embarazadas o en período de lactancia, en la medida que tales trabajadoras cuentan con “las medidas necesarias” que los Estados miembros hubieran establecido en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos “para que cualquier trabajadora que se estime perjudicada por

**EL OBJETIVO ES ERRADICAR
TODA FORMA DE
DISCRIMINACIÓN BASADA
EN EL SEXO EXISTENTE
INCLUSO EN UN MOMENTO
ANTERIOR O POSTERIOR A
LA FORMALIZACIÓN DE LA
RELACIÓN DE TRABAJO, ES
DECIR, EN LA FASE DE
ORIENTACIÓN Y FORMACIÓN
PROFESIONALES Y EN EL
RECICLAJE**

(36) DO L 348 de 28 de noviembre de 1992, pág. 1.

(37) En este punto téngase en cuenta que el art. 10 de la Directiva 92/85/CE establece que los “Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras (...) durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad (...)”, definiéndose ese período en el art. 8.1 de la misma Directiva como el “de 14 semanas ininterrumpidas distribuidas antes y/o después de parto”, a salvo claro está que las disposiciones nacionales fijen un período más amplio ya que en ese caso deberá ser éste el período de referencia. Es decir, el período que estrictamente protege la Directiva contra el despido abarca desde el comienzo del embarazo hasta el momento en que finaliza el permiso por maternidad, no haciéndose referencia a ninguna fase posterior.

(38) Dicho convenio fue aprobado en Ginebra en el marco de la Sesión de la Conferencia núm. 88 el 15 de junio de 2000 y su fecha de entrada en vigor estaba prevista para el 7 de febrero de 2002, de ahí la necesidad de incorporar sus previsiones en la normativa comunitaria ante la falta de revisión de la Directiva 92/85/CEE, pese a las solicitudes en este sentido del CES comunitario. Por otro lado, conviene tener en cuenta que este Convenio establece una protección mucho más amplia para la mujer embarazada o la mujer que disfruta de un permiso por maternidad que la que contempla la normativa comunitaria dado que su art. 8 prohíbe despedir a una mujer en estas situaciones incluso “después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional”.

(39) Vid. en esta Directiva los arts. 2, 8, 9, 10 y 11.

el incumplimiento derivado de la ... Directiva pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional y/o de conformidad con las legislaciones y/o las prácticas nacionales, mediante el recurso a otras instancias competentes”; y además con los cauces que proporciona la Directiva en sus arts. 6 y 8.

Finalmente el **inciso final del tercer párrafo del apartado 7 del art. 2 de la Directiva** establece que la misma no afectará a lo dispuesto en la Directiva 96/34/CE sobre el *permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES*; ni a lo establecido por la Directiva 92/85/CEE antes mencionada; ni a las medidas que los Estados miembros puedan reconocer a favor de los trabajadores, sean hombres o mujeres, en relación al permiso por paternidad y/o adopción. Al tiempo que extiende a todos los trabajadores las garantías que en apartados anteriores había garantizado a la mujer que disfrute de un permiso de maternidad. Aunque en cierto modo parece que este último inciso reitere lo establecido en el párrafo primero del mismo apartado, tras una lectura atenta se aprecian diferencias importantes.

Por un lado, el primer párrafo protege exclusivamente a la mujer durante el permiso de maternidad y por otro lado, la protección se realiza reconociendo directamente ciertos derechos a los que los Estados no pueden sustraerse por ser precisos y concretos. Por el contrario, el último párrafo del apartado séptimo tiene un alcance más amplio al dirigirse tanto a los hombres como a las mujeres que se acojan al permiso de paternidad y/o adopción, pero, a diferencia de lo que sucede en el párrafo primero, el reconocimiento de derechos que se produce en favor de estos colectivos nace condicionado por el hecho de que sean los Estados quienes lo reconozcan en primer término. Es decir, si con respecto al permiso por maternidad la Directiva comunitaria es directa, concreta y concisa protegiendo a las mujeres que se acojan a ella y lo hace hasta el momento en que se reincorporen a su puesto de trabajo, en el caso del permiso de paternidad y/o adopción dicha protección depende de lo dispuesto por la normativa nacional de referencia, por más que la Directiva inste a los Estados para que tomen “las medidas necesarias” en la línea de las reconocidas para el permiso por maternidad.

A nuestro modo de ver esta recomendación a los Estados miembros a que aproximen los derechos reconocidos al permiso de maternidad a otras situaciones similares como pueden ser el permiso por paternidad y/o adopción debe inscribirse en las preocupaciones comunitarias por intentar incorporar en su normativa las conclusiones que muestra la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales de 29 de junio de 2000, relativa a la *participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y la vida familiar*⁴⁰.

(40) DO C 218 de 31 de julio de 2000, pág. 5. También en este punto pueden citarse otras actuaciones comunitarias: la Decisión 2000/228/CE del Consejo, de 13 de marzo, relativa a las directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros para el año 2000 (DO L 72 de 21 de marzo de 2000) en donde se prevé ya el refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, poniendo de relieve la necesidad de introducir medidas encaminadas a la conciliación de la vida familiar; y la Decisión 2000/750/CE del Consejo, de 27 de noviembre, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación: 2001-2006 (DO L 303 de 2 de diciembre de 2000).

En esta actuación comunitaria se alentaba a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que sus respectivos ordenamientos jurídicos reconocieran a los hombres trabajadores el derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo sus derechos en materia laboral⁴¹. Porque el principio de igualdad entre hombres y mujeres supone la necesidad de compensar la desventaja de las mujeres por lo que se refiere a las condiciones de acceso y participación en el mercado de trabajo y la desventaja de los hombres en lo que se refiere a las condiciones de participación en la vida familiar, derivada de prácticas sociales que todavía presuponen el trabajo no remunerado relacionado con los cuidados de la familia como responsabilidad principal de las mujeres y el trabajo remunerado inherente a la vida económica como responsabilidad principal de los hombres.

El art. 2.8 de la Directiva, que se corresponde con el anterior apartado 4 del art. 2 de la Directiva 76/207/CEE, ha recibido una nueva redacción. Antes de ser modificado este artículo contemplaba las denominadas “acciones positivas” y había sido objeto de un intento de modificación que finalmente no se consolidó⁴², además de ser sucesivamente reinterpretada por diferentes sentencias del TJCE⁴³. Tras la entrada en vigor del TA, esta disposición había quedado obsoleta por el actual apartado 4 del art. 141 del TCE (anterior art. 119 TCEE). De ahí que consecuentemente con lo establecido en el Tratado el actual art. 2.8 de la Directiva ratifique que los Estados miembros puedan hacer uso de medidas de acción positiva “con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres”.

Podría pensarse que esta precisión que hace la Directiva es gratuita puesto que ya está recogida en el Tratado y en otros instrumentos de Derecho derivado⁴⁴. Sin embargo, su alusión en la Directiva no está de más, dado que la referencia que se hace a las acciones positivas en el Tratado resulta mucho más genérica al quedar circunscrita al “ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”; mientras que la que contiene la Directiva se concreta en el uso de estas medidas en el acceso al empleo, la formación y promoción profesionales y las condiciones de trabajo. De igual manera este nuevo art. 2.8 va a contribuir a matizar los últimos pronunciamientos del TJCE, que en ocasiones incluso contradictorios, establecían que la posibilidad de tomar medidas de acción positiva debía considerarse una excepción al principio de igualdad de trato; o que en el acceso al empleo o en una promoción, no podía justificarse que las mujeres gozaran automáticamente de preferencia en los sectores en los que estuvieran infrarrepresentadas⁴⁵.

(41) Considerando núm. 13 de la Directiva 2002/73/CE.

(42) COM (1996) 93 Final, DO C 179 de 22 de junio de 1996.

(43) Asunto Comisión contra Francia, C-312/89 de 25 de octubre de 1988, Rep. 1988, pág. 6.315; Asunto Kalanke, C-450/93, de 17 de octubre de 1995, Rep. 1995-I, pág. 305; Asunto Marschall, C-409/95 de 11 de noviembre de 1997, Rep. 1997-I, pág. 6.363; y Badek, C-158/97 de 28 de marzo de 2000, Rep. 2000-I, pág. 1.875.

(44) Como por ejemplo, en el art. 5, Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000; y art. 7, Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000.

(45) Vid. Asunto Comisión contra Francia, op. cit.; Asunto Kalanke, op. cit.; Asunto Marschall, op. cit., y Asunto Badek, op. cit.

El art. 3 de la Directiva ha recibido también una nueva redacción y lo ha hecho para ajustar su contenido a la jurisprudencia del TJCE y a la Directiva 2000/78/CE⁴⁶.

Así, su **apartado 1** define el alcance preciso de la Directiva en relación con el empleo y la ocupación, la formación y las condiciones laborales, estableciéndose que resulta aplicable tanto en el sector público como en el privado, incluidos los “organismos públicos”. Hay que decir que la mención expresa al sector público y a los organismos de la Administración es una novedad y es resultado de la incorporación de cierta línea jurisprudencial del TJCE que de forma reiterada venía declarando que la Directiva resultaba igualmente aplicable a las relaciones de empleo en el sector público⁴⁷. Se extiende así el ámbito de aplicación de la Directiva al quedar incluidas todas las relaciones de trabajo, con independencia de la naturaleza de su vínculo, que se desarrollen en el sector público (aún tratándose de un organismo público) o privado.

La ausencia de discriminación, sea directa o indirecta, hay que entenderla referida a: **a)** las condiciones de acceso al empleo, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación así como la promoción; **b)** el acceso a cualquier tipo y nivel de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y el reciclaje profesional así como la experiencia profesional laboral práctica; **c)** las condiciones de empleo y de trabajo, incluido el despido y la retribución, y **d)** la afiliación y participación en sindicatos, asociaciones empresariales u organizaciones de categoría.

Es decir, la igualdad de trato conlleva la eliminación de toda discriminación emanada de cualquier disposición que impida el acceso de las personas a cualesquiera formas de empleo y ocupación. En cuanto a la promoción profesional, dicho principio consiste en garantizar que el avance en la carrera profesional se base en las cualificaciones, la capacidad y la competencia para el trabajo, la experiencia y cualquier otro objetivo relacionado con el puesto de que se trate. Por otro lado, la igualdad de trato en el plano ocupacional depende de la igualdad de trato en la formación. De ahí que el objetivo de la Directiva en este punto sea el de erradicar toda forma de discriminación basada en el sexo existente incluso en un momento anterior (o posterior) a la formalización de la relación de trabajo, esto es, en la fase de orientación y formación profesionales y el reciclaje. También la tutela de la igualdad de trato se extiende a lo largo del desarrollo de la relación de trabajo en las condiciones de empleo y trabajo y cuando ésta finaliza con un despido.

Finalmente, la prohibición de discriminación también afecta a situaciones conexas a la relación de trabajo como son la participación en organismos de defensa de intereses par-

(46) Art. 3.1 de dicha Directiva, que con idéntica redacción y en los mismos términos establece la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación.

(47) Asunto Comisión contra Alemania, C-248/83, de 21 de mayo de 1985, Rep. 1983, pág. 1.459, apartado 16; Asunto Gerster, C-1/95 de 2 de octubre de 1997, Rep. 1995-I, pág. 5.253, apartado 18; y Asunto Schnorbus, C-79/99, de 7 de diciembre de 2000, Rep. 2000-I, pág. 997.

ticulares de clase sean de los trabajadores, de los empresarios o de los profesionales. Pues también con respecto a éstos resulta de aplicación el principio de igualdad de trato, especialmente en lo que se refiere al acceso y participación en las mismas, así como al disfrute de las prestaciones que proporcionan.

El **apartado 2 del art. 3** de la Directiva establece que los Estados miembros “adoptarán las medidas necesarias para garantizar” la aplicación del principio de igualdad de trato por medio de: a) la derogación de “cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa” que sea contraria a la Directiva, y b) mediante la declaración o modificación de cualquier disposición contraria a la Directiva que figure en “contratos o convenios colectivos o en reglamentos internos de las empresas o en los estatutos de profesiones independientes y de organizaciones sindicales y empresariales”.

Esta disposición comporta que en el momento en que entre en vigor la Directiva si una norma, legal reglamentaria o administrativa de un Estado miembro es contraria al principio de igualdad de trato deberá ser derogada automáticamente. Mientras que si se trata de una disposición convencional (contrato individual o convenio colectivo) o un reglamento interno de una empresa o de un colegio profesional, el Estado estará obligado a garantizar su declaración de nulidad o cuanto menos garantizar su modificación para que no resulte contraria al principio de igualdad de trato por razón de sexo que protege la Directiva. Es decir, no se produce una derogación automática de las disposiciones normativas nacionales contrarias a la Directiva (ya se trate de las que emanan directamente de los Estados, ya sean aquellas otras disposiciones resultado de acuerdos negociados). En su lugar, son los Estados miembros los sujetos competentes para realizar todas aquellas actuaciones necesarias que aseguren que sus ordenamientos jurídicos están en sintonía con las prescripciones de la Directiva.

La Directiva suprime los **arts. 4 y 5** de la Directiva 76/207/CEE, por haber quedado incluidos en su integridad en los dos nuevos apartados del art. 3.

El **art. 6** de la Directiva también es de una nueva redacción, ampliando su contenido a cuatro nuevos apartados.

El **apartado 1** compromete a los Estados a “velar por la existencia de procedimientos judiciales y/o administrativos ...(y) pro-

**LA POSIBILIDAD DE ACUDIR
A UN PROCESO JUDICIAL,
EXTRAJUDICIAL O
ADMINISTRATIVO SE HA DE
GARANTIZAR, SEGÚN LA
DIRECTIVA, INCLUSO TRAS
LA TERMINACIÓN DE LA
RELACIÓN QUE HAYA
SUPUESTAMENTE
OCASIONADO LA
DISCRIMINACIÓN**

cedimientos de conciliación”, estos últimos si los Estados miembros “lo estiman oportuno”, a favor de quienes se sientan perjudicados por la no aplicación del principio de igualdad al que se refiere la Directiva. La posibilidad de acudir a un proceso judicial, extrajudicial o administrativo se ha de garantizar, según la Directiva “incluso tras la terminación de la relación” que haya supuestamente ocasionado la discriminación. Por consiguiente, con la introducción de este apartado, influenciado en gran parte por la jurisprudencia del TJCE⁴⁸, se ha elevado en la Comunidad el derecho a la protección judicial al extenderla al momento en que concluye la relación laboral, e igualmente se amplían las posibilidades de defensa frente a una conducta discriminatoria al permitirse a los Estados miembros que establezcan medios alternativos de solución extrajudicial en controversias de este tipo.

El art. 6 en su apartado 2 obliga a los Estados a introducir en sus ordenamientos nacionales “las medidas necesarias” para garantizar la compensación por el perjuicio sufrido por la víctima de la discriminación, lo que es sin duda una novedad pues la Directiva de 1976 no hacía mención alguna a este aspecto. Por primera vez una Directiva⁴⁹ comunitaria reconoce el derecho de quien haya sido víctima de una discriminación a una compensación que asegure una protección judicial real y eficaz, al comportar un verdadero efecto disuasorio para quien la cometa. Esta medida supone abrir la posibilidad a que las conductas discriminatorias no sean simplemente sancionadas administrativamente, como sucede en la mayoría de los casos si se tiene en cuenta la normativa nacional de los Estados miembros, y que en su lugar la víctima reciba una compensación adecuada y proporcional al perjuicio sufrido. Se establece el principio de que una indemnización adecuada es el único tipo de sanción posible ante una conducta discriminatoria, consolidando en este sentido una tendencia ciertamente creativa de la jurisprudencia del TJCE que venía reconociendo la necesidad de la existencia de sanciones por conductas discriminatorias en el acceso al empleo⁵⁰.

Por lo que a la compensación se refiere, pese a que sean los Estados miembros los competentes para determinar si se trata de una indemnización o una reparación, la Directiva sí que establece que ha de ser: real, efectiva, disuasoria, y proporcional al perjuicio sufrido⁵¹. Y en lo relativo a su cuantía, “no podrá estar limitada por un tope máximo fijado a

(48) Al respecto téngase en cuenta que el TJCE ha establecido, que dado el carácter fundamental del derecho a una protección judicial eficaz los empleados gozan de dicha protección incluso después de concluida la relación laboral. Asunto Coote, C-185/97, de 22 de septiembre de 1998, Rep. 1998-I, pág. 5.199.

(49) Pues aunque se hayan contemplado medidas similares en otras Directivas (en este sentido el art. 15 de la Directiva 2000/43/CE y el art. 17 de la Directiva 2000/78/CE, reconoce la posibilidad que los Estados miembros establezcan un régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales en aplicación de la Directivas sobre igualdad, que incluso pueden contemplar una indemnización a la víctima) ninguna de ellas obliga directamente a los Estados a implementar en sus ordenamientos nacionales medidas que permitan garantizar una compensación en un caso de discriminación.

(50) Es acertado emplear este adjetivo en tanto que los pronunciamientos del TJCE se realizaban en base a argumentaciones de Derecho comunitario general o mediante una innovadora interpretación del art. 6 de la Directiva 76/207/CEE. Al respecto vid. ROCCELLA, M., “La significación y el alcance de la Directiva sobre igualdad de trato”, en AAVV, *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral* (Coord. J. Cruz Villalón), Aranzadi, Madrid, 1997, pág. 204.

(51) La caracterización de la compensación es producto de la jurisprudencia del TJCE: Asunto Von Colson y Kamann, C-14/83 de 10 de abril de 1984, Rep. 1983, pág. 1.891, apartado 18; Asunto Drachmpaehl, C-180/95 de 22 de abril de 1997, Rep. 1997-I, pág. 2.195; y Asunto Marshall, op. cit.

priori” salvo que el empresario pruebe que el único perjuicio sufrido por el demandante es “la negativa a tomar en consideración su solicitud de trabajo”.

El **apartado 3** del art. 6 de la Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que determinados sujetos que tengan un “interés legítimo” en tutelar la aplicación del principio de igualdad de trato contemplado en la Directiva “puedan iniciar, en nombre o apoyo del demandante” siempre que éste lo autorice “cualquier procedimiento judicial y/o administrativo establecido para exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva”. La intención de esta disposición es asegurar una protección más eficaz a las personas que hayan sufrido una discriminación, facultando a las “asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas” que según las legislaciones de los Estados miembros “tengan un interés legítimo”, para que puedan iniciar en apoyo de la víctima procedimientos nacionales de defensa judicial o administrativa sin que para ello sean un obstáculo las normativas procesales nacionales de representación y defensa ante los tribunales. Sin embargo, pese a que la normativa comunitaria dé un paso adelante en la defensa de la aplicación del principio de igualdad de trato al facilitar la representación por tercero en juicio en apoyo de una víctima que ha sufrido una discriminación, lo cierto es que dicha posibilidad nace limitada por el hecho que son los Estados miembros quienes conforme a sus respectivas normativas procesales serán los que determinen quiénes gozan de un “interés legítimo”.

En el último apartado⁵² del art. 6 de la Directiva, **apartado 4**, se introduce una serie de salvedades a lo establecido en los apartados 1 y 3, al determinar que en “materia de plazos de interposición de recursos en relación al principio de igualdad” en cualquier caso tendrá que estarse a lo que establezca la normativa de cada Estado miembro. Es decir, las normas nacionales relativas a los plazos de interposición de demandas son admisibles siempre que no sean menos favorables que los plazos de las demandas similares de carácter nacional y que no imposibiliten en la práctica el ejercicio de los derechos reconocidos por el Derecho Comunitario. Con esta matización parece que la Comunidad condicione aún más si cabe las medidas de los apartados anteriores, dado que como se ha visto éstas ya dependen en gran medida de la concepción particular que sobre las mismas tenga cada Estado miembro. De manera que lo que parecía ser una gran novedad se transforma en una declaración de intenciones al estar sujeta de manera inexorable a la voluntad de los Estados y al que sus ordenamientos procesales sean más o menos garantistas.

El **art. 7** también ha recibido una nueva redacción. El objetivo del precepto es ampliar la protección contra las víctimas de una conducta discriminatoria y proyectarla más allá de éstas a otros colectivos que pueden verse afectados por las represalias del empresario, como son: los representantes de los trabajadores, que en muchas ocasiones son quienes efectivamente ayudan a la víctima a defenderse de esas conductas; y otros trabajadores, que puede ser que actúen como testigos de la conducta discriminatoria. Concretamente, la Directiva obliga a los Estados miembros a introducir en sus ordenamientos jurídicos nacionales las medidas necesarias para protegerles contra “el despido o cualquier otro trato desfavorable

(52) Este apartado, inicialmente no contemplado en las propuestas de la Comisión, en parte es fruto de una recomendación del CES (DO C 337 E, op. cit) que se hace eco de la jurisprudencia del TJCE.

del empresario como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.

Hay que decir que también este artículo resulta concordante con la jurisprudencia del TJCE que, de forma reiterada ha venido insistiendo en que el derecho a la tutela judicial efectiva es de carácter fundamental, y que por este motivo los trabajadores gozan de ella incluso una vez extinguida la relación laboral, por lo que un empleado que defienda o testifique a favor de una persona amparada por la Directiva debe tener idéntica protección⁵³. Y, por otro lado, con las “directivas gemelas”⁵⁴; sin embargo, a diferencia de éstas, el art. 7 de la Directiva presenta una novedad: la mención expresa a que también los representantes de los trabajadores gozan de una tutela contra las represalias que puedan sufrir por denunciar una conducta discriminatoria. Este matiz no es para nada desdeñable dado que si bien hasta el momento gozaban de protección en tanto trabajadores ahora son protegidos en su calidad de representantes y precisamente con motivo de la realización de uno de los cometidos que la Directiva les atribuye en su art. 8 ter, la lucha contra la discriminación en el lugar de trabajo por medio de la promoción del principio de igualdad de trato.

Al **art. 8** de la Directiva que reconocía el derecho de los trabajadores a ser informados en el lugar de trabajo de “las medidas tomadas en aplicación de la presente Directiva, así como las disposiciones ya en vigor sobre la materia”, se adicionan otros 5 artículos más. Así, el **art. 8 bis** en su **apartado 1**, profundiza en la implementación efectiva del principio de igualdad de trato en los Estados miembros al obligar a éstos a “designar uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato”.

Estos organismos independientes que deberán establecerse a nivel nacional, nacen únicamente condicionados por las competencias que recoge el **apartado 2** del artículo, en la medida en que su estructura y funcionamiento puede ser establecido libremente por cada Estado miembro conforme a su tradición jurídica y sus opciones políticas. Así, este apartado, establece que las competencias de estos organismos independientes serán: a) prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación cuando tramite sus reclamaciones por discriminación; b) realizar estudios independientes de discriminación, y c) publicar informes independientes y recomendaciones sobre cuestiones relacionadas con la igualdad.

La primera de estas tres competencias es, sin duda, un mecanismo que contribuye todavía más a reforzar el derecho a la protección jurídica de la víctima de una discriminación que contempla el art. 6.3 de la Directiva. Esto es, a los organismos independientes que nacen al amparo del art. 8.1 bis de la Directiva se les reconoce el derecho a iniciar (en

(53) Asunto Coote, *op. cit.*

(54) En este punto hay que remitirse al art. 9 de la Directiva 2000/43/CE y al art. 11 de la Directiva 2000/78/CE cuyos redactados básicamente se refieren al derecho a favor de “los trabajadores” que sufran alguna represalia por parte del empresario a ser protegidos por las medidas necesarias que establezcan los Estados Miembros en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

nombre o en apoyo de la víctima y con su consentimiento) un procedimiento judicial o administrativo, y además a asesorarla de manera independiente a lo largo del mismo. Esta medida se prevé como un medio eficaz que permita combatir la discriminación en aquellas situaciones en las que la víctima no afronta un proceso por no disponer de los medios necesarios para hacerlo.

Por lo que atañe a las otras competencias, la facultad de realizar estudios y publicar informes independientes, se diría que la intención de la Directiva es la de hacer de estos organismos unos observatorios independientes del seguimiento e implementación en los Estados miembros del principio de igualdad de trato. Mecanismo que se ha de poner en relación con la obligación que tienen los Estados miembros de remitir a la Comisión cada tres años, toda la información necesaria para que ésta pueda elaborar un informe sobre el estado de aplicación de la Directiva (art. 2.2 de la Directiva 2002/73).

El **art. 8 ter** se estructura en cuatro apartados, todos ellos relacionados con el papel de los Estados Miembros en relación al diálogo social y a la necesaria involucración de los agentes sociales en la implementación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Así, su **apartado 1** alienta a los Estados miembros a fomentar el diálogo social con vistas a promover la igualdad de trato “entre los interlocutores sociales” y para ello enumera a modo de ejemplo una serie de medidas “seguimiento de las prácticas, desarrolladas en el lugar de trabajo, los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas”. Es decir, conforme a este precepto son los Estados quienes están directamente involucrados en el fomento del principio de igualdad de trato entre los interlocutores sociales.

En los siguientes **apartados 2 y 3** se insta a los Estados miembros a promover la igualdad de trato a los interlocutores sociales y a los empresarios, se exige a los interlocutores sociales que adopten “en el nivel adecuado”, convenios colectivos que contemplen “normas antidiscriminatorias en los ámbitos mencionados en el art. 1 que entren en el marco de la negociación colectiva”; y a los empresarios que fomenten de “forma planificada y sistemática” de la igualdad de trato en el lugar de trabajo. Es decir, el precepto refleja que para una implementación necesaria del principio de igualdad de trato

OBLIGA A LOS ESTADOS MIEMBROS A DESIGNAR UNO O MÁS ORGANISMOS RESPONSABLES DE LA PROMOCIÓN, EL ANÁLISIS, EL SEGUIMIENTO Y EL APOYO DE LA IGUALDAD DE TRATO PARA PRESTAR ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS, REALIZAR ESTUDIOS, INFORMES Y RECOMENDACIONES

en el mundo del trabajo, no basta ya con la intervención de la Comunidad o de los Estados miembros, como preveía la Directiva de 1976, en la actualidad es necesaria también la participación de interlocutores sociales y empresarios, a través de la articulación del principio en los instrumentos normativos que éstos aprueban por medio de la negociación colectiva: convenios colectivos, códigos de conducta, buenas prácticas, etc.

Finalmente, el **apartado 4**, en sintonía con lo anterior, contempla la necesidad de que por parte de los Estados miembros se aliente a los empresarios a facilitar a los “trabajadores y/o sus representantes información adecuada” sobre la igualdad de trato en la empresa; información que se tendrá que presentar con una periodicidad no precisada pero sí “regular” y cuyo posible contenido podrá consistir en “estadísticas sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles de la organización”⁵⁵, que incluso podrá prever “medidas” que acordadas previamente con los representantes de los trabajadores puedan “mejorar la situación”.

Dado que según el principio de subsidiariedad que contempla el art. 5 TCE, los Estados miembros no pueden alcanzar de manera suficiente los objetivos de la acción que se propone para la contribución comunitaria en la lucha contra la discriminación, entre otras razones porque son necesarias asociaciones multilaterales, el intercambio profesional de información y la difusión de buenas prácticas en toda la Comunidad, el **art. 8 quater** insta a los Estados miembros a promocionar también el diálogo de la igualdad de trato con las organizaciones no gubernamentales que contribuyan en la lucha contra la discriminación por razón de sexo.

El papel que adquieren las ONG en la lucha contra la discriminación por razón de sexo se explica por la contribución que en el ámbito europeo, a nivel local y nacional sobre todo, han tenido y siguen teniendo en la lucha contra los efectos que provoca la discriminación⁵⁶. Ellas no sólo poseen la experiencia y conocimiento específicos en la lucha contra la discriminación, sino que además en su actuación a escala europea han tenido un rol importante en la defensa de las personas expuestas a la misma. De ahí que en opinión de la Comunidad, combinando su experiencia con el papel del diálogo social llevado a cabo por interlocutores sociales y empresarios y la intermediación de los Estados se consiga una aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato en el trabajo.

El régimen sancionatorio aplicable en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en cumplimiento de la Directiva está previsto en el **art. 8 quinto**, conforme a éste son los Estados miembros quienes están obligados a establecer dicho régimen así como “todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación”, que-

(55) Obsérvese cómo esta recomendación coincide plenamente con la recomendación que en su día hiciera el Consejo a los Estados miembros sobre la necesidad de dar a conocer a la opinión pública por medio de datos estadísticos la situación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones. Vid. Recomendación del Consejo de 2 de diciembre de 1996 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisión (DO L 319 de 10 de diciembre de 1996) y la Resolución del Consejo de 27 de marzo de 1995 sobre la participación equilibrada de mujeres y de hombres en la toma de decisiones (DO C 168 de 4 de julio de 1995).

(56) Al respecto téngase en cuenta el Programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (2001-2006), op. cit., pág. 24.

dando igualmente obligados, según el **párrafo segundo** de este artículo, a notificar a la Comisión las disposiciones adoptadas en este sentido, en un plazo que no puede ultrapasar “el 5 de octubre de 2005”.

Este aspecto es novedoso en el marco de esta Directiva⁵⁷, dado que en su versión de 1976 no había un precepto de esta naturaleza. La única disposición similar era el anterior art. 6 que establecía que los Estados miembros estaban obligados a adoptar las medidas necesarias para que cualquier persona que se considerase perjudicada por una discriminación pudiera hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional. Es decir, se dejaba en manos de los Estados la determinación de las medidas necesarias para que la víctima de una discriminación pudiera obtener una reparación en sede judicial. Tal obligación implicaba únicamente que las medidas que se tomaran fueran “suficientemente eficaces para alcanzar el objetivo de la Directiva” y pudieran “ser efectivamente invocadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por las personas afectadas”⁵⁸. El artículo no imponía una medida determinada en caso de incumplimiento de la prohibición de discriminación, sino que dejaba a los Estados miembros la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar el objetivo de la Directiva, en función de las diferentes situaciones que pudieran presentarse⁵⁹.

Con el nuevo art. 8 quinto de la Directiva la situación cambia dado que ahora éste obliga a los Estados miembros a imponer una sanción que puede incluso contener una “indemnización a la víctima” para asegurar el cumplimiento efectivo de los objetivos que persigue la Directiva (téngase presente que, en cualquier caso, la víctima tiene derecho a la indemnización con independencia de la sanción que se imponga al sujeto que viole el principio de igualdad de trato por el juego del art. 6.2 de la Directiva).

Por otro lado, los únicos requisitos que se imponen desde el nivel comunitario a los regímenes sancionatorios estatales son que sus sanciones tienen que ser “efectivas, proporcionadas y disuasorias”. Se observa en este punto un paralelismo con las condiciones que se establecen en el art. 6.2 de la Directiva en relación a la obligación de los Estados de introducir en su ordenamiento jurídico las medidas necesarias para que la víctima de una discriminación pueda gozar de una indemnización o una reparación. Esto es, en ambos casos (cuando se contempla la sanción y el régimen compensatorio-indemnizatorio) los parámetros comunitarios determinan que la actuación de los Estados sea mediante medidas reales, efectivas, disuasorias y proporcionales. Y ello tiene sentido si se tiene en cuenta que para las instancias comunitarias el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres constituye un principio fundamental que debe tratar de ser asegurado efectivamente, ya sea a través de su promoción, de su aseguramiento (por vía jurisdiccional o extrajudicial) y/o por medio de la prevención de su incumplimiento (estableciendo sanciones proporcionales pero disuasorias).

(57) No así en las otras directivas recientes sobre igualdad en donde hay previsiones del mismo género: art. 15, Directiva 2000/43/CE y art. 17, Directiva 2000/78/CE.

(58) Asunto Marshall, *op. cit.*, apartado 22.

(59) Asunto Colson y Kamann, *op. cit.*, apartado 18.

En este sentido, la Directiva es una disposición armonizadora de mínimos según su **art. 8 sexto, apartado 1**. Es decir, pese a que persiga la armonización en materia de igualdad de trato entre los Estados miembros, entiende que los niveles de protección no tienen por qué ser iguales en los Estados de la Comunidad. La Directiva es un punto de partida mínimo a partir del que los Estados pueden construir sus propios niveles. Esto significa que en el marco de sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales los “Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más favorables” para la protección del principio de igualdad de trato; y que como indica el **apartado 2**, no puedan reducir niveles de protección contra la discriminación ya garantizados, pese a que sean más altos que los que ahora contempla la Directiva⁶⁰.

Finalmente, el art. 2 de la Directiva 2002/73/CE, contempla en su apartado 1 la fecha límite de adaptación de los ordenamientos nacionales a los mandatos que establece la Directiva; el 5 de octubre de 2005. Es decir, cuando se llegue a esta fecha los Estados miembros tendrán que disponer ya de “las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas” necesarias para dar cumplimiento efectivo a la Directiva, teniendo que informar a la Comisión sobre las mismas; y además deberán garantizar que los interlocutores sociales hayan introducido también las medidas necesarias en sus respectivos acuerdos. Conviene aclarar que son los Estados miembros los sujetos obligados en primera instancia a trasponer la Directiva, pues son sus destinatarios según el art. 3, Directiva 2002/73/CE; sin embargo, y en sintonía con el papel creciente que se está otorgando al diálogo social y a la participación de los interlocutores sociales en la vida de la Comunidad⁶¹, se implica también a éstos en el proceso de aplicación de la Directiva, aunque de forma indirecta. Y ello porque, desde el nivel comunitario se obliga a éstos a aprobar acuerdos que incluyan las disposiciones estatales aprobadas en aplicación de la Directiva; exigencia que va más allá de la actividad de fomento del diálogo social en materia de igualdad de trato conferido a los Estados en el art. 8 ter.1, o de la invitación a los Estados miembros a que promuevan que los interlocutores sociales celebren convenios que contengan normas antidiscriminatorias (art. 8 ter.2).

Por su parte el apartado 2 de este artículo, establece que transcurridos 3 años desde la entrada en vigor de la Directiva (en el año 2008), los Estados miembros estarán obligados a proporcionar a la Comisión “toda la información necesaria” para que ésta pueda realizar un informe dirigido al Parlamento y al Consejo que evalúe la aplicación de la Directiva.

Esta actividad de control y seguimiento de implementación de la Directiva y de sus normas de transposición nacionales se completa, en el apartado 3 de este mismo artículo, fijando que cada cuatro años lo Estados miembros, con independencia de las obligacio-

(60) En este sentido, téngase en cuenta lo dispuesto por el art. 137.5 TCE que permite expresamente la posibilidad de mantener niveles más estrictos de protección a nivel nacional que los que se fijen a nivel comunitario.

(61) Téngase en cuenta, por un lado, que según el art. 136 TCE el diálogo social constituye un objetivo de la Comunidad y de los Estados miembros, y que el TCE permite, bajo determinadas circunstancias que los interlocutores sociales sean quienes apliquen las Directivas adoptadas conforme a los apartados 2 y 3 del art. 137 TCE, pese a que sus destinatarios sean los Estados.

nes de información antes referidas, además deberán notificar los “textos de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas” relativas a las medidas de acción positiva adoptadas en base en el art. 141.4 TCE, así como sobre su contenido y los términos de su aplicación. En base a esta información la Comisión queda obligada a realizar un informe cada 4 años que “establezca una evaluación comparativa de dichas medidas” con la finalidad de mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral, según se expresa la Declaración núm. 28 anexa al Tratado de Amsterdam⁶².

Sin duda, es positivo que la Comisión adquiriera este compromiso en la medida que dicho informe no sólo puede ayudar a hacerse una idea de la aplicación de las posibilidades que ofrece el apartado 4 del art. 141 del Tratado, sino que puede ayudar a los ciudadanos de la Comunidad a crearse un estado de opinión sobre la situación de la igualdad de trato en cada Estado miembro, ya que “no tiene mucho sentido describir la evolución a nivel comunitario si no se presta atención a la aplicación y a la conformidad con las normas en los Estados miembros donde suceden realmente las cosas”⁶³.

Finalmente, los arts. 3 y 4 de la Directiva 2002/73/CE respectivamente hacen referencia a su entrada en vigor, el día siguiente de su publicación en el DOCE, y a que los Estados miembros son sus destinatarios.

3. CONCLUSIONES: UN BALANCE PROVISIONAL SOBRE LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO POR RAZÓN DE SEXO

Si se analizan las diferentes disposiciones en materia de igualdad de trato que la Comunidad ha ido aprobando desde sus inicios hasta la actualidad puede decirse que la evolución de este principio es ascendente. Ya que, partiendo de una simple norma de armonización de los costes de la mano de obra, “se ha convertido, en el transcurso de los años en un principio fundamental (...) que ha transformado los derechos subjetivos de la mitad de la población europea”⁶⁴.

SE IMPONE A LOS ESTADOS MIEMBROS LA INTRODUCCIÓN DE UN RÉGIMEN DE SANCIONES QUE PUEDE INCLUSO CONTENER UNA “INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA” PARA ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS QUE PERSIGUE LA DIRECTIVA

(62) Téngase en cuenta que el mismo CES había presentado con anterioridad una serie de propuestas y recomendaciones en relación a estos informes con ocasión del primer informe sobre igualdad de oportunidades de la Comisión. Vid. Dictamen sobre el “Informe anual de la Comisión –Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea–1996” (DO C 296 de 29 de septiembre de 1997).

(63) DO C 123 de 25 de abril de 2001.

(64) LYON CAEN, G. y LYON CAEN, A., *Droit Social interantional e européen*, Dalloz, París, 1993.

Esta progresión ascendente se concreta en el año 2002 con la aprobación de la Directiva 2002/73/CE, que pretendiendo tan sólo una acomodación de la anterior Directiva 76/207/CE a la evolución de los Tratados (especialmente tras su modificación por el TA) y a los pronunciamientos del TJCE, ha conseguido avanzar en la implementación efectiva del principio de igualdad de trato por razón de sexo en el lugar de trabajo. Además, en este punto conviene tener en cuenta que el Consejo sólo pretendía que la Directiva no se apartara en exceso de las previsiones ya contempladas en otros instrumentos normativos comunitarios, como las *directivas gemelas* de 2000; motivo que explicaría, además, por un lado, los constantes enfrentamientos dialécticos del Parlamento Europeo por hacer de esta Directiva algo más que una simple modificación de la Directiva de 1976, y el que su tramitación haya acabado siendo más larga de lo inicialmente previsto.

Este avance, como se ha podido apreciar al analizar el contenido de cada una de las modificaciones a su articulado, ha supuesto, por ejemplo, que se haya dado un paso más en el terreno de la lucha contra el acoso sexual. No sólo porque por primera vez un instrumento normativo comunitario realiza una tarea de sistematización jurídica de este fenómeno sino porque además declara explícitamente que el acoso sexual constituye una discriminación por razón de sexo en el lugar de trabajo. Con esta declaración se logra no sólo que las víctimas que la padecen puedan accionar los mecanismos que la Directiva proporciona sino que además refuerza todas aquellas iniciativas bienintencionadas, pero infructuosas, que buscaban prevenirlo o combatirlo y que sin embargo se debatían en la idoneidad de los instrumentos para su aplicación a escala europea⁶⁵.

Con todo hay que decir, que se ha perdido una vez más la ocasión de implicar activamente en este terreno a los propios empresarios, ya que más allá de la necesaria e imprescindible colaboración de los agentes sociales y de las ONG a las que se refiere la Directiva en los arts. 8 bis y 8 ter, su articulado no contempla en ninguna parte, la obligación de aquéllos, o de los sujetos responsables con arreglo a las legislaciones nacionales, de introducir medidas de prevención del acoso sexual que permitan crear un entorno de trabajo libre de éste⁶⁶.

Es cierto que esta ausencia no extraña si se tiene en cuenta que el Consejo pretendía que la modificación de la Directiva de 1976 no comportase costes adicionales para las empresas; y además, si se la contrasta con el tratamiento que reciben cuestiones similares en las

(65) Al respecto ténganse en cuenta las posiciones enfrentadas de la patronal europea y de los propios interlocutores sociales. Las primeras conversaciones con los interlocutores sociales se iniciaron por medio de la Comunicación de la Comisión de 24 de julio de 1996 [COM(96) 373 final, no publicada en el Diario Oficial] y la segunda fase de consultas se produjo el 19 de marzo de 1997, fecha en la que la Comisión adoptó una segunda comunicación [SEC(97) 568 final, no publicada en el Diario Oficial], en la que ya advertía su determinación de buscar otros medios (que podían llegar hasta la adopción de un instrumento jurídico vinculante) que permitieran prevenir el acoso sexual, en el caso de que los interlocutores sociales no llegaran a un acuerdo a nivel europeo.

(66) Como podría ser, por ejemplo, la introducción de un sistema de terapia confidencial en el lugar de trabajo, tal y como, por ejemplo, sugiere el CES en su Dictamen de 25 de julio de 2000 (DO C 123 de 25 de abril de 2001). Medida que, por otro lado, fue expresamente rechazada por el Consejo por considerar que se “trata de una medida demasiado detallada que, de hecho, va dirigida a los empresarios más que a los Estados miembros o, incluso, a los interlocutores sociales.” (DO C 307 de 31 de octubre de 2001)

La Directiva 2002/73/CE sobre igualdad de trato por razón de sexo

Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, dado que éstas tampoco disponen de medidas específicas que involucren activamente a los empresarios en la implementación de medidas preventivas que permitan alcanzar los objetivos que persigue la acción comunitaria. Pero hubiera sido deseable alguna medida en este sentido, sobre todo teniendo en cuenta que la Directiva es un instrumento que reconoce expresamente que la implementación efectiva del principio de igualdad de trato en el lugar de trabajo precisa de la participación de los Estados miembros, los interlocutores sociales y de las ONG.

El progreso en materia de igualdad por razón de sexo en el trabajo a nivel comunitario también se aprecia entre otros aspectos ya señalados en: la acomodación de la normativa comunitaria a las disposiciones de Derecho internacional sobre maternidad (recuérdese que la Directiva introduce alguna de las previsiones del Convenio núm. 183 de la OIT); en la sugerencia que los Estados miembros incorporen tutelas parecidas a las contempladas en la Directiva para los permisos por maternidad con respecto a los permisos por paternidad y/o adopción, para avanzar en la consecución de la corresponsabilidad familiar y laboral; en la implicación de los interlocutores sociales en el proceso de aplicación de la Directiva al constatar su creciente influencia a nivel comunitario en el mundo de las relaciones laborales, en atención a un correcto entendimiento del principio de subsidiariedad; y en las nuevas facetas que adquiere el derecho de defensa en los casos de discriminación por razón de sexo en el trabajo al darse entrada a la posibilidad de acudir a procedimientos de solución extrajudicial de controversias o al poder ser ayudada la víctima en un procedimiento judicial (en el inicio y a lo largo de éste) por quien tenga un “interés legítimo” en la defensa del principio de igualdad de trato.

Por otro lado, es cierto que aunque la Directiva suponga un paso en el camino por combatir la discriminación por razón de sexo en el trabajo, en la mayoría de sus disposiciones la acción comunitaria está fuertemente condicionada por el uso que de la misma hagan los Estados miembros. Ya que no hay que perder de vista que pese a que “la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo” es un objetivo comunitario, según el art. 137 TCE la competencia de la Comunidad es complementaria y en apoyo de la acción de los Estados. De ahí que como señala la propia Directiva, la misma se configure como una disposición de mínimos, esto es, como el nivel mínimo de protección deseable entre los Estados de la Comunidad. Sin que la Directiva sea un obstáculo para que existan otros niveles superiores de protección.

En suma, la Comunidad ha dado un paso adelante importante en la reafirmación del principio de igualdad de trato por razón de sexo en el trabajo, y en los Estados está la potestad de que ese paso sea importante y efectivo o una simple declaración deseable de intenciones.

Encadenamiento de contratas y subcontratas de obras y servicios

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

Presidente de la Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Tribunal Superior de Justicia
de Cantabria

El fenómeno de las denominadas contratas y subcontratas de obras y servicios, regulado desde una perspectiva de mera determinación de responsabilidades en el artículo 42 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y que tiene su antecedente inmediato en los artículos 1544 y 1588 del Código Civil, esto es, el arrendamiento de obras y servicios y el contrato de ejecución de obras, constituye una manifestación de la denominada descentralización de la actividad productiva, consistente en una forma de organización empresarial, por la cual una empresa, empresa principal, opta por trasladar la realización de determinadas actividades de su ciclo o actividad productiva, a otra empresa, empresa auxiliar, mediante la firma de contratos de naturaleza civil o mercantil.

Este fenómeno de la descentralización productiva tiene una indudable incidencia en el ámbito laboral, al afectar potencialmente al conjunto de derechos reconocidos a los trabajadores y derivados del contrato de trabajo, singularmente los derechos de los trabajadores dependientes de las empresas auxiliares, derechos que debían ser objeto de una singular protección, que es lo que trata de conseguirse con la regulación de la responsabilidad contenida en el artículo 42.

Esta finalidad garantizadora de derechos del precepto, ha sido puesta de relieve por distintos autores, así para MONTOYA MELGAR se pretende “no burlar los derechos de los trabajadores y de la Seguridad Social, ocultando el verdadero empresario tras un contratista fingido o sustrayendo a trabajadores de modo fraudulento del ámbito de la empresa principal”, o para MARTÍN VALVERDE, para quien “precisamente para la protección de los intereses laborales de quienes prestan servicios en la empresa auxiliar la legislación de trabajo ha previsto desde hace años determinadas garantías y deberes cautelares a cargo de la empresa principal”, finalmente para CRUZ VILLALÓN, “La bondad, de principio, de los fenómenos descentralizadores no debe hacer ocultar que en muchas ocasiones, al margen de cualquier voluntad defraudatoria, las empresas contratistas y subcontratistas

presentan rasgos de señalada debilidad económica, siendo frecuentes sus incumplimientos frente a deudas laborales y de Seguridad Social, no estando exento de razón imponer ciertas cargas laborales sobre las empresas principales” concluyendo que “El fundamento en esta ocasión de la imposición de responsabilidades de la empresa principal deriva del hecho de que, de forma más o menos directa, ésta obtiene el resultado productivo de los servicios efectuados por los trabajadores de las empresas auxiliares”.

Partiendo, consecuentemente, de que la regulación que realiza el Derecho Laboral de los fenómenos de la descentralización productiva, tratan de establecer, en defensa y garantía de los derechos de los trabajadores, un determinado régimen de responsabilidad, uno de los problemas que tradicionalmente había sido objeto de numerosas controversias era, al margen del siempre abierto problema de la interpretación del concepto “propia actividad”, el relativo a la exigencia de responsabilidad en los casos de encadenamiento de contratas.

El denominado encadenamiento de contratas, es aquel supuesto en el que aparecen de forma sucesiva diversas contratas, de forma tal que el empresario principal, asume a su vez la condición de empresa auxiliar respecto de la anterior, y así de forma sucesiva.

Para la mayoría de los autores, como CRUZ VILLALÓN y GALA DURÁN, existen tres soluciones posibles: 1ª) La aceptación plena del encadenamiento de contratas, lo que supondría que todas las empresas responderían solidariamente respecto de las empresas auxiliares situadas en eslabones inferiores: así el empresario principal respondería frente a los trabajadores de todas las empresas auxiliares, el primer contratista respecto del resto, etc. 2ª) El encadenamiento parcial, conforme al cual la empresa principal respondería respecto de todas las empresas auxiliares sucesivas, pero la responsabilidad solidaria no se impondría a las empresas auxiliares situadas en los eslabones intermedios de la cadena descentralizadora. La razón para ello se encontraría en que la empresa principal es la destinataria final de la obra o servicio contratados y 3ª) la denegación del encadenamiento, esto es, la empresa principal respondería de la primera auxiliar, la primera auxiliar de la segunda y así sucesivamente.

Especial referencia por su elaboración, merece la solución ofrecida por la profesora GALA DURÁN, cuando señala que “la respuesta a esta cuestión no se halla en el ámbito laboral sino en el civil, ya que al no existir una solución concreta en el artículo 42.2 del TRLET (salvo que llevemos a cabo una reinterpretación absoluta de los términos y elaboremos nuestra propia solución desde una perspectiva más o menos protectora de los derechos de los trabajadores), cabe acudir –tal y como prevé el artículo 4.3 del Código Civil– supletoriamente a lo dispuesto en la normativa civil y en concreto a lo dispuesto en los artículos 1588 y siguientes del Código Civil, en los que se regulan los arrendamientos de obras o servicios por ajuste o precio alzado.

Aplicación supletoria de lo establecido en tales preceptos, que supone que la responsabilidad del empresario principal en el supuesto de una cadena de contratas o subcontra-

tas estará condicionada por varios factores y, por tanto, dependerá de las circunstancias presentes en cada caso en concreto”.

A partir de la regulación civilista, se puede concluir:

1º) Que conforme al artículo 1596 del Código Civil, el contratista es responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupare en la obra, lo que supone que aun cuando haya subcontratado la obra va a seguir siendo responsable directo frente al empresario principal, incluso por las labores que cumplió el subcontratista.

2º) En principio la responsabilidad sólo se dará si la empresa principal hubiera dado su consentimiento a nuevas subcontratas en cadena, de no ser así, la exigencia de responsabilidad quedaría circunscrita a la estricta relación empresa principal-primer contratista, primer-contratista-subcontratista, etc.; por cuanto el artículo 1257 del Código Civil sienta el principio de relatividad de los contratos y su eficacia *inter partes* con el consiguiente efecto de que, en principio, no puede quedar obligado a cumplir una prestación contractual quien no fue parte en la correspondiente relación jurídica.

Esta tesis encuentra su respaldo jurisprudencial en la STS de 2 de julio de 1997, al señalar que: “(...) la acción directa la concede el artículo 1597 al tercero frente al dueño de la obra, pero la razón de ser de esta norma y su fundamento (...) es: razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción, especie de subrogación general derivada del principio de que ‘el deudor de mi deudor es también deudor mío’, etc., hacen que alcance también a los contratistas anteriores; es decir, si el dueño de la obra celebra contrato de obra con un contratista, éste subcontrata y éste a otro, etc., cualquiera de los subcontratistas tiene la acción directa frente al dueño de la obra, frente al contratista y frente a un subcontratista anterior (...)”

En el ámbito de la jurisprudencia laboral, si bien la doctrina no es pacífica en torno a la resolución de este problema, la posición predominante se inclinaba por la negación del encadenamiento de responsabilidades, y así en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1983 se señalaba que: “No puede aceptarse que sea posible hacer extensiva la responsabilidad subsidiaria a esta empresa, pues su reconocimiento en cualquier supuesto está subordinado y condicionado a que

LO QUE EL ARTÍCULO 42.2 DEL ET PRETENDE EVITAR ES QUE EL DUEÑO DE LA OBRA, QUE ES QUIEN CONTROLA SU EJECUCIÓN Y QUIEN ASUME MAYORMENTE LOS BENEFICIOS DE LAS OBRAS REALIZADAS EN TODO O PARTE POR OTROS, QUEDE INMUNE ANTE LAS POSIBLES DEUDAS DE ESTOS ÚLTIMOS CON SUS TRABAJADORES

esté acreditada su intervención y aceptación de las subcontratas, y así se sigue de las reglas generales contenidas en los artículos 1596 y 1597 del Código Civil. Obligado es que deba ser exonerada la empresa que fue ajena a esos pactos, que en su origen son exclusivamente de naturaleza civil, no pudiendo quedar afectada la empresa por los pactos de los que estuvo marginada. El principio de solidaridad en la responsabilidad, que se consagra en el artículo 42.2 del Estatuto de los Trabajadores presupone y ha de estar condicionado en todo caso a la existencia de un ‘empresario principal’, y ya se ha razonado anteriormente que la empresa fue ajena a las relaciones contractuales existentes entre los señores A y PG en las que sobrevino el accidente y de lo razonado no es posible aceptar que existan las pretendidas responsabilidades solidarias y subsidiarias que se postulan para dicha empresa, puesto que no se está en la hipótesis de la pura responsabilidad objetiva contenida en los artículos 1090, 1902 y 1903 del Código Civil, ante la inexistencia de un nexo obligacional entre los codemandados y la empresa”.

En consecuencia, sólo cabía extender la responsabilidad a los supuestos en que nos encontrábamos ante relaciones contractuales bilaterales, entre empresa principal y auxiliar.

Existía, sin embargo, alguna reciente sentencia que siguiendo el criterio marcado por la Sentencia del TCT de 29 de noviembre de 1973, que expresamente se cita, mantiene el criterio de la responsabilidad plena en los supuestos de encadenamiento, así la Sentencia del TSJ de Murcia de 29 de octubre de 1996, al estudiar un supuesto en el que incluso existía una cláusula de prohibición de subcontratar sin previa autorización de la principal.

Esta cuestión necesitaba de un pronunciamiento en unificación de doctrina que ayudara a resolver los problemas interpretativos derivados del tenor literal del precepto, máxime cuando la reforma operada en el artículo 42 ET por la Ley 12/2001, de 9 de junio, había introducido en el número dos del precepto y al regular la responsabilidad, una referencia expresa a los “contratistas” y no sólo a los “subcontratistas” como ocurría anteriormente.

Las sentencias más recientes del TS en la materia, parecían avalar la tesis de la responsabilidad ascendente de todos los empresarios partícipes de la cadena de contratas, sin embargo tales sentencias distaban mucho de dotar de certeza y seguridad al tema que estamos analizando.

La primera sentencia, es la dictada en fecha de 17 de mayo de 1996, en un supuesto en el que se contemplaba la responsabilidad del contratista principal en el pago de prestaciones por incapacidad temporal derivada de incumplimientos del subcontratista, sentencia en la que se afirmaba que la finalidad del artículo 42.2 ET no era otra que la de “garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan disponer vaya en perjuicio de la protección social del trabajador (y) esta garantía alcanza incluso al propietario de la obra o industria en cuyo favor se haya realizado la contrata”.

La segunda sentencia se refería a la responsabilidad de contratistas y subcontratistas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. La STS de 5 de mayo de 1999, partiendo del contenido del actual artículo 42.3 LISOS, cuando establece que “la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de esta Ley del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por esta Ley en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”, llega a la conclusión de que la responsabilidad solidaria prevista en dicho precepto alcanza al dueño de la obra, aun cuando el incumplidor fuera un primer o un segundo subcontratista, porque lo decisivo, “es el hecho de que el trabajo se desarrolle en muchos casos bajo el control y la inspección de la empresa principal, o en relación con lugares, centros de trabajo, dependencias o instalaciones de ésta, y que además los frutos y consecuencias de ese trabajo repercuten en ella, produciéndose así una peculiar situación en la que participan los empleados del contratista, éste y también la empresa principal, situación en la que concurren conexiones e interferencias mutuas entre estas tres partes que en ella se encuadran”.

Llegados a este punto, la Sentencia de 9 de julio de 2002, dictada en unificación de doctrina, deja resuelto, esperemos que de forma definitiva, el problema de la determinación de los sujetos responsables en los casos de encadenamiento de contratas.

El supuesto de hecho que es objeto de resolución, se concreta en la situación de un trabajador que prestó servicios para una determinada empresa constructora en la reconstrucción del Teatro del Liceo de Barcelona y al término de su contrato la empresa dejó de abonarle la liquidación, comprensiva de diversos conceptos retributivos. En la reclamación judicial que dicho trabajador hizo de tales devengos no se limitó a demandar a su empresa empleadora sino que dirigió su acción también contra las demás empresas que habían participado en aquellas obras, en concreto contra la contratista principal y adjudicataria de la obra y contra la primera subcontratista de la misma, en relación con la cual había actuado como segunda subcontratista de trabajos prestados en la misma obra a la empresa para la que el trabajador prestaba sus servicios. La Sala de Cataluña, absolvió a la contratista principal por entender que la cadena de responsables prevista en el artículo 42 ET alcanzaba sólo a la empresa que había contratado directamente al trabajador y al inmediatamente antecesor en la cadena, pero no a las demás.

La cuestión jurídica que se plantea consiste en interpretar las previsiones del artículo 42 ET para resolver si la responsabilidad solidaria que allí se establece alcanza a los contratistas y subcontratistas de una obra situados en escala ascendente, o únicamente al empleador directo del trabajador y a la empresa con la que directamente contrató la ejecución de la obra aquel empleador directo.

La sentencia, tras afirmar que la cuestión no había sido abordada frontalmente en unificación de doctrina, pone de relieve las dificultades interpretativas que la dicción literal del precepto plantea, dificultades que pueden sintetizarse en: a) La mera literalidad del precepto a interpretar —el artículo 42 ET— hace difícil llegar a una conclusión firme sobre

el particular puesto que la terminología en él utilizada no puede ser más imprecisa; b) Un estudio histórico de los antecedentes del precepto en cuestión, no ofrece tampoco una solución clara, haciéndose referencia tanto a la normativa sectorial de la Construcción, en concreto en la Orden de 29 de marzo de 1956, como a la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, y c) La interpretación de estos preceptos realizada por los diversos Tribunales que en cada momento llevaron a cabo la aplicación de dichos preceptos, tampoco fue unívoca, como antes nos hemos encargado de poner de manifiesto.

Sentado lo anterior, la Sala aborda directamente la cuestión para empezar por concluir que el artículo 42.2 ET, sólo puede interpretarse en el sentido de entender que “en la modalidad de descentralización productiva en que consiste la contratación o subcontratación del todo o parte de una misma obra, lo que realmente se patentiza es la existencia de una realidad fáctica que es la obra en sí misma considerada en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común y en el que las unas actúan como auxiliares de las otras en cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o, en su caso, del contratista principal. En estos términos lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación (comitente, dueño de la obra o contratista principal), que es quien controla realmente su ejecución y quien en definitiva asume en mayor medida los beneficios económicos de la actividad que realizan otros en todo o en parte, quede inmune ante las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores ante su posible situación de insolvencia, por lo que deviene razonable que desde el legislador, que no le niega los beneficios, le exija también responder de las posibles deudas salariales o de seguridad social que puedan haber generado aquellos subcontratistas situados en el final de cadena”.

Como explícitamente reconoce la sentencia, la clave del fallo y de la interpretación que se sostiene, se encuentra en el principio de derecho según el cual quien está en condiciones de obtener un beneficio debe de estar también dispuesto a responder de los perjuicios que puedan derivar del mismo.

Por último, si bien la sentencia aplica la legislación anterior a la reforma introducida por el precepto por la Ley 12/2001, dado que la deuda reclamada se generó con anterioridad a la misma, no deja de afirmar que “sí que puede considerarse sintomática, como hecho coetáneo a tener en cuenta para la interpretación adecuada de dicho precepto, la nueva redacción dada al artículo 42.2 ET por el RD 5/2001, de 2 de marzo, ratificada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, al introducir como responsables solidarios no sólo a los subcontratistas sino también a los ‘contratistas’, lo que supone una precisión ampliatoria de la responsabilidad a tener en cuenta a estos efectos y que podría reforzar la tesis que aquí se defiende”.

I. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Ley y convenio colectivo. 2. Convenio colectivo.

A) Sucesión de convenios colectivos. B) Retroactividad del convenio colectivo.

C) Convenio colectivo y autonomía de la voluntad **3. Convenios extraestatutarios.**

4. Los acuerdos de empresa. Su valor normativo. 5. Condición más beneficiosa.

6. Criterios de interpretación. 7. Aplicación supletoria de la ley. 8. Aplicación analógica de las normas. 9. Retroactividad normativa. 10. Derecho comunitario. A) Aplicación preferente de la normativa comunitaria. B) Aplicación preferente de la legislación de los Estados miembros.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca las sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunales Superiores de Justicia recogidas en los números 9 a 12 de la Revista Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1619 a J 2463).

1. LEY Y CONVENIO COLECTIVO

La interrelación entre ley y convenio colectivo, su disposición jerárquica y el respeto al contenido esencial de las disposiciones legales por parte de la norma convencional se plantea en la STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2002, I.L. J 1861. La cuestión versa sobre la demanda por despido formulada por un trabajador a la finalización de su contrato eventual de trabajo, formalizado por circunstancias de la producción para atender un exceso de pedidos y cuya duración fue de doce meses. El fundamento jurídico de la demanda se basaba en la consideración de que el convenio colectivo aplicable, que establece para dicho tipo de contratos una duración máxima de trece meses y medio en un período de referencia de dieciocho meses, vulneraba los principios de jerarquía normativa y de legalidad. Las normas que se entendían infringidas eran el art. 15 del ET y el art. 3.2.b) del Real Decreto 2720/1998, preceptos en los que se fijaba, para dichos contratos, una duración máxima de seis meses dentro de un período de referencia de doce.

La sentencia desestima la acción por despido del trabajador, ya que el convenio colectivo puede modificar la duración máxima de los contratos eventuales y el período dentro del cual se pueden realizar en atención al carácter estacional de la actividad. El Decreto 2720/1998 fijaba para los contratos eventuales una duración máxima total de trece meses y medio en un período de dieciocho con cómputo desde el momento en que se produzca la causa que justifique su utilización. Por lo tanto, si la norma convencional se acomoda a la posibilidad contemplada en los preceptos antes señalados no se produce la vulneración de los principios de jerarquía normativa y legalidad que se denuncian. En consecuencia, y como la contratación del demandante respetó dichos límites, la sentencia desestima la demanda por despido, pues la comunicación de extinción de su contrato resulta ajustada a derecho.

De forma similar a la anterior, la **STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2002**, I.L. J 1862, resuelve sobre la procedencia de un despido por fin de un contrato eventual superior a seis meses. En la sentencia se plantea la legalidad de la previsión convencional referente a la duración del contrato. En este caso el convenio de aplicación era el de empresa y se remitía en cuanto a la duración de los contratos eventuales, a otro provincial extraestatutario que permitía la contratación hasta de trece meses y medio de conformidad a la previsión legal del art. 15.1.b) del ET (conforme a la regulación anterior a la Ley 12/2001). La Sala, siguiendo doctrina del TS (Sentencia de 30 de marzo de 1999) entiende que es de aplicación el convenio de eficacia limitada al haberse remitido los agentes negociadores de forma inequívoca al convenio provincial.

2. CONVENIO COLECTIVO

A) Sucesión de convenios colectivos

La sucesión de normas convencionales y, en concreto, la modificación de un convenio colectivo por otro posterior que lleva a cabo una reducción de determinados derechos de los trabajadores se contempla en la **SAN de 8 de julio de 2002**, I.L. J 2074. Es objeto del pleito, tramitado por el procedimiento de conflicto colectivo, la impugnación de un acuerdo logrado en un acto de mediación cuya nulidad postula el sindicato reclamante. En un acuerdo de empresa celebrado en el año 1987 con los representantes unitarios de los trabajadores y aprobado por la Autoridad Laboral competente se estableció un programa de prejubilaciones y jubilaciones anticipadas, siendo el extremo del conflicto las discrepancias del alcance de lo pactado en lo que se refiere al complemento de jubilación que los trabajadores percibían para que su pensión alcanzase el 100 por cien de sus retribuciones. Ante dichas discrepancias, se celebra un nuevo procedimiento de mediación que reduce las cuantías reconocidas con anterioridad y que goza de la eficacia atribuida a los convenios colectivos por el art. 82 del ET, según previsión del apartado 2 del art. 54 del texto procesal laboral.

Se plantea, por lo tanto, en la sentencia, la impugnación por ilegalidad de lo acordado en este último convenio colectivo. Se declara por la Audiencia Nacional que la merma o reducción de determinados derechos de los trabajadores llevada a cabo en un convenio colectivo “es una mera consecuencia del llamado principio de modernidad del convenio y de la facultad que tiene el convenio posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente”. Se añade que no rige ya el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a la Constitución en relación con la merma o reducción que puedan sufrir los trabajadores y que quedó sustancialmente modificado en el nuevo modelo instaurado a partir del art. 37 CE, por lo que caben en consecuencia convenios colectivos regresivos. No hay duda de que dichos convenios son totalmente aplicables a las mejoras de la Seguridad Social establecidas negocialmente, siendo válida la reducción de un importe del complemento de pensión abonado por la empresa y acordado en convenio colectivo, por lo que la modificación de una norma por un acto de contrario imperio posterior constituye “el principio de modernidad en el que se funda la ordenación de la sucesión de normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del derecho”. No puede hablarse, en consecuencia, de derechos adquiridos integrados en el patrimonio individual de los demandantes, siendo de plena aplicación el convenio colectivo en el que las partes decidieron proceder a la modificación *in peius* del complemento de pensión de jubilación reconocido inicialmente por otro convenio anterior.

B) Retroactividad del convenio colectivo

Sobre la cuestión referida a la eficacia retroactiva fijada en convenios colectivos sobre contratos ya extinguidos se pronuncia la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 30 de julio de 2002**, I.L. J 1808. Resuelve la sentencia la pretensión del actor que causó baja voluntaria en la empresa demandada en fecha 16 de julio de 2001, firmando documento de saldo y finiquito, y al que le fue reconocida la diferencia entre la cantidad abonada como salario base por el período comprendido entre marzo del año 2000 y la fecha de extinción. La sentencia de instancia reconoció la procedencia del crédito en base a la aplicación retroactiva de los efectos económicos del convenio colectivo aunque el trabajador haya causado baja y firmado el finiquito con anterioridad a la publicación del convenio. La resolución dictada en sede de suplicación confirma la del Juzgado de lo Social, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo instaurada en Sentencia de 30 de septiembre de 1992, que declara la eficacia retroactiva fijada en los convenios colectivos sobre los contratos ya extinguidos, pues tales efectos no pueden condicionarse a situaciones como puede ser la permanencia de los trabajadores en la empresa.

C) Convenio colectivo y autonomía de la voluntad

La **STS de 4 de noviembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2458, entiende aplicable de forma preferente el convenio colectivo sobre la autonomía de la voluntad que en todo caso deberá de respetar el contenido de la norma convencional. El caso planteado es el de un grupo de trabajadoras transferidas a la Comunidad Autónoma de Madrid que interpusieron demanda a fin de que les fueran retribuidos con arreglo al convenio colectivo de la nueva empleadora los trienios perfeccionados al servicio de la anterior. Ha de señalarse que las condiciones del traspaso de funciones y servicios fueron reguladas en diversos

acuerdos que sirvieron para marcar las pautas de integración del personal transferido. La Sala entiende que la cuestión debatida debe de ser resuelta tomando en cuenta el marco establecido en el convenio colectivo para la Comunidad de Madrid ya que en él se traza el estatuto jurídico para su personal laboral cuya incorporación se efectuó a través de una afectación colectiva como es la transferencia del personal que procede de la Administración General del Estado.

Señala la sentencia que:

“El contrato individual deberá respetar el convenio colectivo aunque la autonomía negociadora podría mejorar las condiciones del primero y en cuanto al pacto de transferencia como fruto que es de una negociación colectiva podrá diseñar un marco diferente, pero en todo lo no previsto, será de aplicación el convenio colectivo en el que se integra el personal sujeto a la transferencia.”

3. CONVENIOS EXTRAESTATUTARIOS

Respecto del valor del acuerdo alcanzado entre la empresa y algunos sindicatos que carecían de la legitimación y representatividad suficientes requeridas por el art. 87.1 del ET en un acto de conciliación previo al acto del juicio en un conflicto colectivo y en el que se reconocieron retribuciones salariales inferiores a las previstas en el convenio colectivo de aplicación, se pronuncia la **STS de 26 de septiembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1910. La sentencia, confirmando la de instancia, entiende que el acuerdo alcanzado en trámite de conciliación judicial en el seno de un procedimiento de conflicto colectivo, es un pacto que afecta a una parte de los trabajadores de la empresa y que fue negociado sin observar las reglas y los trámites previstos en el art. 87.1 del ET para dotarlo de naturaleza estatutaria lo que le priva de eficacia general. Ahora bien el carácter extraestatutario que se atribuye al acuerdo no impide que en el marco de la contratación general sea fuente de derechos y obligaciones para quienes lo han concertado y para sus representados.

La consideración simultánea de pacto estatutario y extraestatutario al celebrado entre la empresa y los representantes sindicales sobre modificación de condiciones de trabajo al amparo del art. 41 del ET se recoge en la **SAN de 11 de julio de 2002**, I.L. J 2076. La cuestión litigiosa surge de la discrepancia jurídica respecto al concepto de capacitación que utiliza el art. 31 del convenio de cajas de ahorros. Se recoge en los hechos probados de la sentencia la existencia de un pacto en el año 1999 al que se le otorga la eficacia reservada para los acuerdos modificativos de condiciones sustanciales de trabajo de carácter colectivo. La sentencia de la Audiencia Nacional analiza la naturaleza del pacto modificativo del art. 41, diferenciando en él una combinación de naturaleza estatutaria en aquello que sea el contenido estricto de la modificación de condiciones de trabajo y el que le concede el carácter de estatutario, mientras que en aquello ajeno al contenido de dicho ámbito es extraestatutario al no cumplir las exigencias del Título III del ET y en concreto al no constar su publicación.

4. LOS ACUERDOS DE EMPRESA. SU VALOR NORMATIVO

Sobre el valor normativo y la disposición jerárquica de los acuerdos de empresa se pronuncia la **STSJ de Navarra de 28 de junio de 2002**, I.L. J 1645. La sentencia de referencia parte de la interpretación del art. 11 de la Ley 14/1992 de Empresas de Trabajo temporal en la actual redacción dada por la Ley 29/1999, que asegura al trabajador, que presta sus servicios a través de una empresa de trabajo temporal, una retribución al menos igual que la del trabajador de la empresa usuaria, sin perjuicio de que por convenio colectivo de las empresas de trabajo temporal se establecieran retribuciones superiores, en cuyo caso serían aplicables estas últimas. Se reconoce así que la voluntad del legislador ha sido la de lograr la plena equiparación retributiva entre el directamente contratado por la empresa usuaria y el cedido por una ETT. El medio de comparación son las condiciones que existan en el puesto de trabajo que se desempeñe por el cedido y la retribución total la establecida por unidad de tiempo para el puesto de trabajo en el convenio aplicable a la empresa usuaria.

La cuestión que se debate es si se habrá o no de tener en cuenta las condiciones que se pudieran haber pactado mediante acuerdo de empresa. Como declaró el mismo Tribunal Superior de Justicia de Navarra en Sentencia de 31 de octubre de 2001, las condiciones retributivas no son solamente las establecidas en Convenio Colectivo sino también las recogidas en los denominados “pactos de empresa” que se constituyen como acuerdos estatutarios o tipificados de empresa. Dichos pactos han tenido un resurgimiento con la reforma operada en 1994, cuya finalidad no es otra que flexibilizar la regulación laboral, alcanzando incluso a las fuentes del Derecho, mediante el impulso del principio de complementariedad en sustitución y, a veces, de la suplementariedad o norma mínima, de manera que ante la ausencia de previsión convencional, vienen a ser una especie de red de seguridad, evitando que determinadas materias se regulen por voluntad individual del empresario.

El pacto de empresa suscrito en el año 1999 entre la dirección y el comité de empresa, como complementario al Convenio Colectivo para los años 1999-2002, establece una retribución para el año 1999, superior a la del convenio colectivo y es la retribución que ha venido abonando la Empresa en cuestión, a las ETT para los trabajadores que éstas le han cedido durante el año 2000 en virtud de los contratos de puesta a disposición suscritos con éstas.

El acuerdo de empresa implica una alteración de lo pactado en convenio colectivo, modificando una norma jurídica. Como señala la doctrina (Gorelli Hernández), este supuesto específico podría formar parte de un tercer grupo o categoría de acuerdos, entre los que también pueden encontrarse los denominados acuerdos sobre “descuelgue” salarial. Responde a la necesidad de flexibilizar, y en este caso de mejorar las propias necesidades de la empresa, pero en el propio marco de la negociación colectiva. Con independencia de la naturaleza jurídica que se quiera otorgar a estos Acuerdos de empresa, lo cierto es que la relación entre convenio colectivo y acuerdo no es de naturaleza conflictiva. Se sustituye determinada regulación del convenio por razones económicas, técnicas organizativas o de producción, cuando se constata que la regulación sustituida es inadecuada para

dar efectividad al propio cometido de la empresa. Al no haber contradicción, no parece conveniente aplicar el principio de jerarquía normativa. En definitiva la empresa debió de consignar en los contratos de los trabajadores cedidos, las retribuciones establecidas en el Pacto de empresa.

5. CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Son constantes y numerosos los pronunciamientos judiciales afectantes al principio de condición más beneficiosa. Este principio de aplicación se traduce en el respeto a las condiciones individualmente reconocidas a los trabajadores frente a la aplicación de la norma legal o convencional de referencia. Una cuestión que se reproduce de forma constante en la jurisprudencia es el reconocer que la existencia de condición más beneficiosa no es contraria al principio de igualdad y no discriminación. En este sentido, la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 3 de julio de 2002**, I.L. J 1812, trata un supuesto referido al derecho de los trabajadores de la antigua empresa “Galerías Preciados” que se incorporaron a “El Corte Inglés, SA” a percibir un plus salarial por modificación de turnos, gratificación que se percibía por domingo o festivo trabajado y que había sido reconocido por la empresa anterior pero no por “El Corte Inglés”. En esta última empresa existen, sin embargo, trabajadores contratados con anterioridad a noviembre de 1992 que perciben un plus de apertura de domingos y festivos.

La sentencia llega a la conclusión de que, al segundo grupo de trabajadores, es decir, los que vienen percibiendo un plus por trabajar domingos o festivos, les fue reconocido por la empresa una condición más beneficiosa que la otorgada al resto de los trabajadores, decidiendo retribuirles el trabajo prestado en domingos y festivos. En el caso enjuiciado los trabajadores venían disfrutando de un beneficio que reúne las características de una condición más beneficiosa sin que ello suponga una discriminación, pues la diferencia de trato tiene su origen en la autonomía individual de las partes del contrato de trabajo y no obedece a ninguna de las causas expresamente prohibidas por el art. 14 de la Constitución. Recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 22/1981, de 22 de julio), señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia que:

“El principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.”

En fin, la presencia y el reconocimiento de diferentes complementos salariales en virtud de la libertad de disposición y respetando los mínimos legales o convencionales no supone una diferencia de trato que resulte injustificada, sino el reconocimiento de una condición más beneficiosa perfectamente aplicable.

Sobre la consideración de condición más beneficiosa del derecho que asiste a los trabajadores a considerar el período de asistencia al médico como permiso retribuido y, con-

siguientemente, la declaración de improcedencia de los descuentos salariales efectuados por tales asistencias se pronuncia la **STSJ del País Vasco de 12 de julio de 2002**, I.L. J 1858. Analiza el Tribunal Superior si el beneficio que disfrutaban los trabajadores de un permiso retribuido en el caso de tener que acudir al médico y que fue suprimido verbalmente por la Directora del centro, ostenta la naturaleza de condición más beneficiosa adquirida. Tras el análisis doctrinal y jurisprudencial de dicho principio de y su aplicación al caso de autos la sentencia constata que no se observa la voluntad inequívoca de crear una ventaja a favor de los trabajadores para incorporarla al nexo laboral, no pudiendo entenderse que el transcurso de un solo año disfrutando de la situación que se reclama como definitiva sea tiempo suficiente como para reflejar la intención empresarial de crear definitivamente la condición ventajosa para los trabajadores, no pudiendo apreciarse más que una mera tolerancia.

La **STSJ de Aragón de 16 de septiembre de 2002**, I.L. J 1916, reconoce como condición más beneficiosa, la percepción, desde hace varios años, del abono de un plus de transporte que se percibía durante todos los días laborables de la semana. Los trabajadores que venían percibiendo dicho plus pertenecían a una empresa transmitida a otra subrogándose esta última con respecto a todos los derechos reconocidos. La sentencia, que se pronuncia sobre el carácter indemnizatorio del llamado plus de transporte, entiende que lejos de una mera liberalidad de la empresa, nos encontramos ante una condición más beneficiosa que forma parte de la retribución de los demandantes y que no puede ser dejada sin efecto unilateralmente por el empleador. Añade la sentencia según doctrina reiterada que:

“Subyace en toda condición más beneficiosa la existencia de una voluntad empresarial de otorgar un beneficio por encima de las exigencias legales o convencionales reguladoras de la materia. Las condiciones laborales que tienen su origen en una concesión unilateral y voluntaria del empleador se incorporan, por la habitualidad, regularidad y persistencia en su disfrute en el tiempo al nexo contractual, de forma que aquélla no puede ser suprimida o reducida unilateralmente por el empresario.”

La **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2168, dictada en proceso especial de conflicto colectivo, analiza la existencia de una condición más beneficiosa respecto de la consideración como jornada efectiva de trabajo del denominado descanso del bocadillo. La empresa desde hacía trece años en la elaboración de los calendarios laborales venía incluyendo como tiempo efectivo de trabajo el descanso de quince minutos que los trabajadores vienen realizando para bocadillo. La Sala entiende que sí se da en el presente supuesto lo necesario para que opere la condición más beneficiosa para los trabajadores, entendiendo que, en la consideración de tiempo de bocadillo como efectivo de trabajo, se pone de manifiesto la voluntad empresarial de introducir tal beneficio durante un lapsus largo de tiempo, por lo que tal beneficio forma parte del patrimonio del trabajador, constituyendo un derecho que no puede eliminar unilateralmente la empresa. Ante la alegación empresarial, constituida como parte recurrente, de que se ha producido una compensación y absorción del beneficio pretendido, la sentencia argumenta que pese a que en años anteriores ha ido disminuyendo también la jornada en convenio colectivo, la empresa ha mantenido la condición más beneficiosa de computar los quince minutos de descanso como tiempo de trabajo efectivo.

6. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Los criterios de interpretación establecidos en el art. 3 del Código Civil son plenamente aplicables al ámbito laboral. La **STSJ de Madrid de 19 de julio de 2002**, I.L. J 1631, trata de un supuesto en el que ha de decidirse sobre si el XIII Convenio Colectivo de la empresa pública RENFE, que alude a las parejas de hecho para aquellos aspectos normativos que se establecen en la norma convencional y, en concreto, los referidos a los beneficios sociales, comprenden exclusivamente a las parejas heterosexuales o también a las homosexuales.

La sentencia, tras un análisis sintetizado de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, llega entre sus conclusiones jurídicas a que si la norma no incluye distinción o matiz alguno deberán de incluirse las parejas homosexuales que no han sido excluidas de los beneficios empresariales de forma expresa, por lo que debían equipararse ambos tipos de uniones fácticas. Entre otros argumentos, refiere la sentencia la aplicación de los criterios interpretativos previstos en el art. 3 de nuestro Código Civil y según el cual las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras en relación con su contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Igualmente, en la **STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2002**, I.L. J 1656, se hace referencia a la aplicación del art. 3.1 del Código Civil en cuanto que establece los criterios de interpretación de las normas jurídicas en su aplicación al ámbito laboral. El supuesto planteado es si ha de entenderse o no que un denominado contrato de prejubilación, que el actor llevó a cabo con la empresa “Telefónica, SA”, constituye o no causa resolutoria incardinable en el mutuo disenso a que se refiere el art. 49.1 del ET o, si por el contrario, la presunta eventualidad de un futuro expediente de regulación de empleo, en el que hubiera podido estar incluido el actor, o, la posibilidad de un cambio de trabajo o un traslado, pudiera entenderse como un vicio del consentimiento prestado. La sentencia entiende que se trata de una extinción por libre voluntad de las partes que ni siquiera la interpretación de la norma a la luz del art. 3.1 del Código Civil, reguladora de los criterios interpretativos generales de las leyes, podría alterar la vigencia de la manifestación de la voluntad concorde de las partes.

7. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY

Sobre la aplicación subsidiaria de la normativa laboral respecto de la regulación del personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias públicas y en este caso el Servicio Vasco de Salud, la **STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2002**, I.L. J 1864, estima aplicable el plazo de caducidad a que se refiere el art. 59.3 del ET, es decir, el de 20 días para accionar por despido, a aquellos supuestos de ceses del personal estatutario. Entiende la Sala que es de aplicación de oficio el instituto de la caducidad en el plazo regulado por la legislación laboral, recurriendo para ello a la analogía del supuesto. No existiendo regula-

I. Fuentes del Derecho

ción específica de plazo de acción en las normas estatutarias habrá de acudir a la legislación laboral al tratarse de supuesto semejante en el que se aprecia identidad de razón.

La **STSJ de La Rioja de 30 de julio de 2002**, I.L. J 1869, resuelve sobre cuál es la norma aplicable en caso de la presentación de escritos el último día de plazo en el proceso laboral, concretamente la formalización del recurso de suplicación, si la norma específica concreta y especial contenida en la vigente LPL o la contenida en el art. 135.1 de la LEC. Señala la resolución, que si bien es cierto que la propia LEC se autodeclara supletoria de todos los procesos jurisdiccionales y que la LPL determina como supletoria a la ley ritual civil, no lo es menos que, tal como señala el TS en dos Autos de 18 y 24 de julio de 2001, el art. 135.1 ni es contrario ni es incompatible con lo dispuesto en el art. 45 de la LPL, tratándose de dos normas que ni se excluyen ni se enfrentan, sino que se complementan y favorecen el principio *pro actione*. La esencia de la supletoriedad, según establece la sentencia, radica en la aplicación de las disposiciones de la norma supletoria cuando existe defecto de ellas en la principal, de tal forma que sólo es dable la aplicación de la supletoria cuando no existe norma aplicable al caso concreto en la principal. En este caso lo que regula la LEC, viene conformado en la ley procesal laboral con una regulación propia específica y particular de las actuaciones judiciales, plazos, términos y lugar de presentación de escritos. Por ello no es admisible más que la aplicación del sistema completo regulado por la LPL.

8. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS NORMAS

En cuanto a la aplicación analógica de las normas jurídicas regulada positivamente en el art. 4.1 del CC se pronuncia la **STS de 4 de noviembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2021. La cuestión litigiosa consiste en si un trabajador del Régimen Especial de Trabajadores del Mar calificado como incapacitado permanente total puede lucrar el 20 por ciento de incremento de la pensión sin haber alcanzado la edad real de 55 años, solicitando se le aplique el coeficiente de reducción de la edad de jubilación, a la antes mencionada de 55 años, necesario para el lucro del incremento debatido. La Sala de suplicación estimó el recurso en el sentido de reconocer el referido incremento del 20 por ciento, interponiendo casación para unificación de doctrina el Instituto Social de la Marina. La sentencia de casación resuelve sobre el argumento esencial del recurso que versa sobre la aplicación analógica al Régimen Especial de los Trabajadores del Mar de las previsiones establecidas en la regulación normativa del Régimen Especial de la Minería del Carbón. La Sala entiende que no existe identidad de razón para la aplicación analógica de la norma, pues los trabajadores del mar tienen un Régimen específico diferenciado del de la Minería del Carbón, por lo que no existe ninguna razón que permita trasladar los efectos de un beneficio existente de un Régimen Especial a otro.

9. RETROACTIVIDAD NORMATIVA

Sobre la doctrina jurisprudencial en interpretación de la retroactividad de las normas se pronuncia la **STS de 23 de septiembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1983. El supuesto

planteado es el de un médico interino de la Seguridad Social que había sido cesado con fundamento en que el titular de la plaza desempeñada había perdido el derecho a reserva de la misma por haber obtenido otra en propiedad, pero la reiterada plaza no había sido ocupada por otro titular, hasta el punto de que a los pocos días después, el propio médico cesado, había sido designado para desempeñar provisionalmente la plaza, ahora por vacante. Las sentencias del Juzgado y de la Sala estimaron la nulidad del cese. El núcleo esencial de la controversia litigiosa así como de la contradicción en el recurso de casación se planteó por la aplicación o no al caso de autos del art. 7.6 de la Ley 30/1999, sobre selección y provisión de vacantes en los servicios sanitarios del INSALUD. En dicha norma legal se establecía el cese del sustituto, entre otras causas, cuando el titular pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función. De aplicarse esta previsión legal el cese hubiese sido correcto al darse la causa que establece como extintiva.

El Tribunal Supremo aplica la doctrina jurisprudencial conocida como “retroactividad débil” de las normas que rigen una relación de servicios continuados y que se traduce en que la nueva norma, si bien no puede afectar a los efectos ya consolidados y producidos por la relación y por su desarrollo a lo largo del tiempo anterior, sí que produce efectos desde su vigencia al contenido jurídico y obligacional de la relación. Otra decisión, añade la sentencia, supondría consagrar la petrificación legislativa, atando al legislador e impidiéndole desplegar su libertad de conformación del ordenamiento jurídico. Lo anterior quiere decir que una nueva causa de extinción de un contrato introducida por la ley afectará a situaciones preexistentes a la misma y a partir de su vigencia, salvo que la norma misma autolimite tal eficacia. Por ello, la causa consistente en que el sustituido pierda el derecho a la mencionada reserva que regula la Ley 30/1999 actúa sobre las relaciones preexistentes a la norma, dado que ésta no ha excluido tales efectos en sus previsiones intertemporales. La consecuencia fue la estimación del recurso que casó y anuló la sentencia recurrida.

En este mismo sentido y sobre la aplicación de la precitada Ley 30/1999 sobre selección y provisión de plazas del personal estatutario se pronunció la **STS de 22 de octubre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2453. En la sentencia se planteaba el cese de una auxiliar de enfermería que fue nombrada para sustituir a un titular que se encontraba en incapacidad temporal. Al finalizar esta situación se acordó el cese de la trabajadora al extinguirse la causa de contratación. La resolución dictada en unificación de doctrina entiende que no se produce contradicción pues en el caso planteado en la sentencia de contraste, el cese en la relación estatutaria se había producido con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1999 y en consecuencia no se produce la necesaria identidad exigible en este tipo de recursos.

10. DERECHO COMUNITARIO

A) Aplicación preferente de la normativa comunitaria

Las relaciones entre el Derecho Comunitario y la normativa nacional cuando ésta resulta menos favorable se suscitan en la **STJCE de 7 de marzo de 2002**, I.L. J 2314. En la sen-

I. Fuentes del Derecho

tencia ser resuelve una cuestión prejudicial planteada por un tribunal de trabajo belga que cuestiona la aplicación e interpretación de los arts. 46 bis y ter del Reglamento CEE 1408/71.

La cuestión a resolver es si ha de aplicarse o no la normativa de un Estado miembro que regula el cálculo de una pensión de supervivencia y que prevé una reducción del límite máximo de acumulación de una pensión de jubilación y de una pensión de supervivencia, cuando el cónyuge supérstite tiene derecho a una pensión de supervivencia a cargo de otro Estado miembro. Los precitados arts. 46 bis y 46 ter del Reglamento que establecen una cláusula de reducción se oponen a la aplicación de la normativa de un Estado miembro que contiene una cláusula que prohíbe la acumulación con arreglo a la cual ha de reducirse una pensión de supervivencia percibida en dicho Estado, al haberse concedido una pensión de supervivencia en virtud de la legislación de otro Estado miembro. El Tribunal de Justicia entiende que es de aplicación la legislación comunitaria en el caso de que las previsiones de la normativa nacional resulten menos favorables que las determinadas en virtud del art. 46 del citado Reglamento.

B) Aplicación preferente de la legislación de los Estados miembros

La **STJCE de 19 de marzo de 2002**, I.L. J 2315, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el tribunal de trabajo belga sobre la aplicación de legislaciones nacionales o comunitaria a un trabajador que ejerció simultáneamente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros y por las que reclamó las respectivas cotizaciones a los regímenes de seguridad social.

El tribunal de Justicia como ya tuvo ocasión de declarar en la Sentencia de 7 de febrero de 1991 (caso Rönfeldt) señala que los arts. 48 y 51 del Tratado se oponen a que la aplicación del Reglamento 1408/71, conlleve la pérdida de las ventajas de seguridad social resultantes de los convenios de seguridad social vigentes entre dos o más Estados miembros que estén integrados en su derecho nacional. En consecuencia se estima aplicable al supuesto la legislación del convenio general de seguridad social suscrito entre Bélgica y Francia, países en los que había prestado servicios el trabajador y a cuyas resultas quedaba exonerado de las cotizaciones efectuadas en el primero de ellos.

En la línea anterior la **STJCE de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 2312, resuelve la cuestión prejudicial planteada por un tribunal austríaco sobre la posibilidad de aplicar un convenio bilateral entre Alemania y Austria en lugar de los preceptos del Reglamento 1408/71 trasladando a las prestaciones por desempleo los principios establecidos en la meritada Sentencia de 7 de febrero de 1991 (caso Rönfeldt).

El supuesto planteado versa sobre el derecho de una trabajadora a percibir las correspondientes prestaciones por desempleo por las cotizaciones efectuadas en ambos países. El Tribunal de Justicia se pronuncia sobre las cuestiones planteadas, en base a la doctrina que permite no aplicar las disposiciones del Reglamento comunitario para seguir aplicando al trabajador nacional de un Estado miembro un convenio bilateral que normalmente hubiese sido sustituido por dicho Reglamento. Esta doctrina es igualmente válida

en el caso de que dicho trabajador haya ejercitado su derecho a la libre circulación antes de la entrada en vigor del citado Reglamento y antes de que el Tratado CE fuera aplicable en su Estado miembro de origen. Ha de señalarse que en este caso se computaron, para tener derecho a la prestación por desempleo, los períodos de seguro anteriores a la entrada en vigor del Reglamento 1408/71 por lo que la situación deberá de apreciarse a la luz de las disposiciones del convenio bilateral respecto a todo el período durante el cual ejercitó su derecho a la libre circulación y basándose en la totalidad de los períodos de seguro cubiertos sin distinción de que los mismos se hubiesen producido antes o después de la entrada en vigor del Tratado CE y del Reglamento comunitario.

OLGA ESTRADA ALONSO

II. TRABAJADOR**Sumario*:**

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

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

d) Actividad por cuenta ajena. B) Presupuestos adjetivos: inclusiones y exclusiones.

2. Supuestos incluidos. A) Trabajadores a domicilio. B) Contratos de grupo. C) Relaciones laborales de carácter especial. a) Alta dirección. b) Servicio del hogar familiar. c) Penados en instituciones penitenciarias. d) Deportistas profesionales. e) Artistas en espectáculos públicos.

f) Mediadores mercantiles sin asunción de riesgo. g) Minusválidos. h) Estibadores portuarios. i) Otros. **3. Supuestos excluidos.** A) Relaciones funcionariales y estatutarias. B) Prestaciones personales obligatorias. C) Administradores sociales. D) Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. E) Trabajos familiares. F) Mediadores mercantiles con asunción de riesgo.

G) Trabajos de colaboración social. **4. Zonas grises.** A) Transportistas. B) Personal contratado en Administraciones Públicas. C) Autónomos. D) Profesiones liberales. E) Socios 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 eclesásticas. 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, benévolos o de buena vecindad.

b) Servicios que dan lugar a la inclusión en un Régimen Especial. c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social. **6. Trabajadores sometidos a la jurisdicción española.**

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2002 de *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1619 a J 2463) en torno al concepto de trabajador.

1. PRESUPUESTOS CONFIGURADORES DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

La primera de las sentencias seleccionadas subraya la necesidad de que la relación laboral se mantenga vigente a la hora de solicitar judicialmente su extinción por parte del trabajador. Las otras dos analizadas resuelven como cuestión central la incompetencia del orden social ante la ausencia de dependencia.

A) Presupuestos sustantivos

– STSJ de Cataluña de 20 de septiembre de 2002 (recurso 3863/2002), I.L. J 1994.

1. El actor había iniciado su prestación de servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de Director General y había suscrito el correspondiente contrato de trabajo de duración indefinida a jornada completa constando su alta en la Seguridad Social. Apenas dos meses después, el trabajador presenta demanda solicitando la extinción de la relación laboral por la vía del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, alegando como fundamento de su pretensión el impago de salarios. Esta demanda fue desestimada por el Juzgado de lo Social por entender que no había quedado probado que, en el momento de celebrar el acto del juicio, la relación laboral estuviese viva. Contra esta sentencia presenta el actor recurso de suplicación alegando que “no habiéndose acreditado la extinción de la relación laboral, ésta sigue viva”, y solicitando, en consecuencia, la estimación de la demanda.

2. El Tribunal de Justicia desestima el recurso de suplicación y confirma en todos sus extremos la sentencia de instancia. Para ello, el Tribunal señala que “es requisito imprescindible para que pueda extinguirse judicialmente la relación laboral a instancia del trabajador que ésta exista y se mantenga vigente en el momento de solicitar la extinción”. Ello significa que el trabajador que demanda la resolución por incumplimiento empresarial debe estar efectivamente prestando sus servicios. Y la prueba de esta situación corresponde, según afirma la sentencia, al demandante en aplicación del art. 1214 del Código Civil. Pues bien, en el supuesto controvertido el actor no ha probado, ni siquiera lo ha intentado, que la relación laboral esté viva en el momento de solicitar su extinción. Tampoco se aporta dato alguno que revele una efectiva prestación de servicios de la que se alega no haber percibido salario alguno. En consecuencia, el Tribunal resuelve confirmando la sentencia de instancia y desestimando el recurso de suplicación.

3. El motivo principal por el que se produce la desestimación de la demanda y del recurso subsiguiente reside en la necesidad de que la relación laboral esté vigente cuando se produce la extinción. Ésta es una exigencia que ha sido señalada por el Tribunal Supremo en supuestos en los que se demanda por despido. La Sala Cuarta ha señalado, al respecto, que para que pueda producirse el despido es necesario que exista una relación de trabajo, es decir, que la decisión extintiva rompa y ponga fin a un vínculo laboral que era real y efectivo hasta ese momento. Si no existe relación laboral, tampoco puede existir despido (STS de 30 de marzo de 1995). Esta misma exigencia se reproduce en pronunciamientos referidos a acciones de resolución del contrato de trabajo ejercitadas al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores donde la jurisprudencia de unificación de doctrina ha reiterado en diversos pronunciamientos que para que pueda acordarse judicialmente la resolución del contrato es preciso que el contrato esté vigente (SSTS de 23 de abril de 1996 y de 22 de mayo y de 8 de noviembre de 2000). La sentencia ahora comentada sigue este mismo criterio y se ajusta, por tanto, a la doctrina unificada. Otro aspecto de relevancia al que también se refiere esta sentencia es el relacionado con la carga de la prueba. También en este punto la sentencia se ajusta a la doctrina de Tribunal Supremo cuando declara que la prueba de la existencia de relación laboral de la que se deduce la pretensión corresponde al trabajador. En su Sentencia de 7 de diciembre de 1990, la Sala Cuarta afirma, citando también el art. 1214 del Código Civil, que el trabajador debe probar la prestación por su parte de un trabajo por cuenta ajena dependiente de la entidad empresarial demandada. La aportación del contrato de trabajo y el alta en la Seguridad Social, circunstancias que concurren en el supuesto controvertido en la sentencia que se comenta no son suficientes, en opinión del tribunal juzgador, para considerar probada la existencia de la relación laboral cuya resolución se pretende.

c) Actividad dependiente

– STSJ de Andalucía, Granada, de 21 de mayo de 2002 (recurso 2035/2002), I.L. J 2371.

1. Son hechos probados que la actora venía prestando sus servicios como perito tasador de automóviles desde febrero de 1998, tarea que desempeñaba con flexibilidad y autonomía absoluta de trabajo. Recibía de la empresa la relación de siniestros a través de un ordenador portátil proporcionada por la misma y a partir de ahí realizaba las visitas y tasaciones conforme a una ruta que establecía a su conveniencia (incluyendo libertad de horarios), pero que comunicaba a la empresa. Finalizada la tarea remitía las valoraciones vía informática, sin que las mismas estuvieran sometidas a órdenes ni instrucciones más concretas que directrices generales relativas al modo de preparar las tasaciones. La actora estaba facultada para rehusar encargos, y así lo hizo en alguna ocasión. Percibía los honorarios profesionales pactados con la empresa cada año a partir de proyectos de retribución con promedios de honorarios; su cobro se producía a través de facturas de IVA. Se añade también que la actora no se encontraba afiliada a ninguno de los regímenes de la Seguridad Social, sino inscrita en la Mutualidad de los Peritos Tasadores, que las partes tenían firmada una póliza de seguros en la que la demandante aparecía como trabajadora libre y que el convenio colectivo de la empresa excluía de su ámbito de aplicación a los peritos tasadores. La decisión de la empresa de dejar de remitir propuestas de peritacio-

nes origina la interposición de una demanda por despido que es desestimatoria al apreciar una excepción de jurisdicción que supone la incompetencia del orden social.

2. A partir del relato de hechos probados, el Tribunal confirma la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de la cuestión litigiosa. A su juicio, el contrato que unía a las partes no era laboral sino de naturaleza civil o mercantil a resultas de la presencia de una nota de independencia en el ejercicio de la actividad profesional, la cual se refleja en que la actora pudiera realizar sus tareas con flexibilidad, autonomía y libertad de horarios, sin que tenga mayor relevancia que recibiera como contraprestación una retribución anual o incluso que se le gratificara económicamente en vacaciones. A mayor abundamiento se entiende que la circunstancia de que la actora no estuviera dada de alta en una mutualidad de previsión y no en el sistema de Seguridad Social, y que facturara con IVA han de conducir a la conclusión de que se trata de un tipo de prestación que se enmarca dentro del contrato de arrendamiento de servicios.

3. La sentencia se enfrenta a una cuestión compleja cual es la delimitación de la frontera entre la figura civil o mercantil del arrendamiento de servicios y la relación laboral. Acierta el Tribunal al señalar que el elemento diferenciador de estas dos relaciones es la existencia o no de la nota de dependencia, esto es, la ubicación del individuo que realiza una prestación dentro del ámbito rector y de organización de quien contrata el servicio. Es evidente, en este sentido, que tal dependencia no existe en el arrendamiento civil o mercantil. El problema se plantea en este caso a la hora de apreciar los indicios que existen a favor y en contra de la apreciación de dicha dependencia. En mi opinión, la valoración que hace el Tribunal de estos indicios es discutible: los mismos datos podrían haberle conducido a concluir la competencia social.

– STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2002 (recurso 7861/2001), I.L. J 2415.

1. Se pretende la declaración de laboralidad del vínculo jurídico contractual que ligaba a las partes litigantes desde septiembre de 1997 en los siguientes términos: el actor prestaba sus servicios para la empresa editora de un semanario realizando dibujos que ilustraban los artículos de opinión y el diseño gráfico de la publicidad; ambas tareas eran decididas por la dirección empresarial sin intervención del actor quien podía rechazar el encargo pero que se sometía a las indicaciones del cliente en el supuesto de la publicidad; el actor acudía al domicilio de la empresa a recoger los encargos, si bien no disponía de ubicación de trabajo dentro de las instalaciones de la empresa; por último, consta también que el demandante utilizaba sus propios medios para la realización de las tareas encomendadas. La desestimación de la demanda da lugar a la presentación de recurso de suplicación que la presente sentencia resuelve.

2. El razonamiento jurídico de la sentencia comienza, en el plano formal, por rechazar la adición de un nuevo hecho probado. Entrando ya en el fondo del asunto, el Tribunal reconoce los numerosos problemas planteados a la hora de calificar la relación de servicios establecida con los colaboradores externos de los medios de comunicación social,

II. Trabajador

identificando la nota de dependencia como elemento divisor entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia. Según el Tribunal, el criterio para apreciar tal subordinación es la existencia de una programación del trabajo por parte del empresario con el correlativo deber de atenerse a esas instrucciones. A partir de aquí, se repasan las características de la relación para concluir que no es de carácter laboral; concretamente: que no existiera más obligación temporal que la de presentar el trabajo antes del cierre de la edición; que pudiera rechazar los encargos que se le hacían, de manera que la vinculación con la empresa sólo se establecía en los supuestos en los que aceptaba su realización; que gozara de autonomía en el desarrollo de la prestación, manifestada también en la elección del método y de los instrumentos a emplear; y que la retribución únicamente incluía los trabajos aceptados y publicados, variando en su tipo y en su cantidad.

3. La sentencia considera acertadamente que el elemento decisivo a la hora de determinar si existe relación laboral o no en un caso como éste sobre colaboradores externos de medios de comunicación social es la dependencia. Lo cierto es que aunque existen indicios que podrían servir para fundamentar la negación del vínculo laboral por ausencia de subordinación el razonamiento del Tribunal, por lo demás algo desordenado, no acaba de convencer. Y es que, a mi juicio, se da excesiva importancia a aspectos que no son necesariamente decisivos y, en cambio, se ignoran otros que podrían llevar a considerar que sí existe dependencia y que, por tanto, se trata de relación de naturaleza laboral: me refiero al hecho de que fuera la dirección de la empresa la que decidiera los artículos de opinión y el diseño gráfico de la publicidad o el hecho de que tuviera que presentar los trabajos antes del cierre de la edición del semanario.

2. SUPUESTOS INCLUIDOS

Se selecciona un pronunciamiento relativo a la naturaleza jurídica de las licencias deportivas en el marco de relaciones especiales de deportistas profesionales.

C) Relaciones laborales de carácter especial

d) Deportistas profesionales

– STSJ de Cataluña de 14 de junio de 2002, I.L. J 1651.

1. El demandante, de nacionalidad bosnia y jugador profesional de balonmano fue contratado y presta sus servicios para el demandado FC Barcelona. El demandado acredita permiso de trabajo tipo C. En septiembre de 2001 el club demandado remitió la correspondiente ficha de jugador y la petición de licencia federativa como jugador comunitario. La petición fue denegada a indicación de la Real Federación Española de Balonmano. El Juzgado de lo Social estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia propuesta tanto por el Ministerio Fiscal y como por la Federación y el Consejo Superior de Deportes. En consecuencia, anuló todo lo actuado, ordenó el archivo de las actuaciones y advirtió a la parte demandante de que podía sustanciar su pretensión ante los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo.

2. En la sentencia se plantean básicamente dos cuestiones. En primer lugar, la necesidad de cesar de forma inmediata en el comportamiento discriminatorio dado al deportista toda vez que el mismo tiene derecho al trabajo en el territorio nacional en condiciones de igualdad con los jugadores nacionales y/o comunitarios. Por otra parte, también se considera que no son ajustadas a derecho las decisiones adoptadas por la Asociación de Clubes de Balonmano de la Real Federación Española de Balonmano. A través de las mismas se niega la concesión de modificación de la licencia e inscripción de la condición asimilada a un jugador español y/o comunitario con todos los efectos inherentes. La Sala hace referencia a la STS de 14 de junio de 2001, dictada por la Sala Especial de Conflictos, en la que se establece que las Federaciones Españolas otorgadoras de las licencias deportivas tienen naturaleza jurídica privada pero, aparte del ejercicio de sus propias atribuciones la ley les confiere el ejercicio de otras funciones públicas de carácter administrativo que ejercen por delegación y actuando como agentes colaboradores de la Administración Pública. Dado que la licencia federativa constituye título habilitante para participar en competiciones oficiales deportivas de ámbito estatal y su otorgamiento y contenido incide en la organización de las competiciones oficiales deportivas de ámbito estatal se estima similar a una autorización o permiso de residencia que también se exige para el ejercicio de la prestación de trabajo para extranjeros. Forma parte, por tanto, del marco general de las competiciones inscribiéndose en la esfera del fomento del empleo. La cuestión litigiosa, en definitiva, no se promueve directamente entre empresario y trabajador, sino que pretende la obtención de una licencia federativa, cuyo otorgamiento corresponde a un tercero que actúa por delegación, asumiendo funciones públicas y que es la que crea diferencias entre jugadores nacionales-comunitarios y extracomunitarios. Y este acto, “de naturaleza administrativa, dictado en materia laboral se sitúa fuera de los muros del concepto de rama social del derecho, aunque su efecto reflejo alcance a las prestaciones derivadas del contrato de trabajo”. En conclusión, el control jurisdiccional sobre las controversias que origina o puede originar la decisión de la entidad privada que actúa por delegación en el ámbito administrativo, corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

3. Al margen de la solución de la cuestión de fondo que se plantea, esto es, si a un jugador con permiso de trabajo tipo C le corresponde o no la tramitación de la ficha como jugador comunitario, la solución a la que llega el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña es consecuente con los últimos pronunciamientos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo. Ante la asunción de competencia en el orden social por algunos Tribunales Superiores de Justicia (SSTSJ de Asturias de 12 de enero de 2001, caso Onopko y Navarra de 13 de noviembre de 2000, caso Malaja) estimando ambos que estos deportistas debían ser equiparados a los jugadores comunitarios a efectos del cupo de extranjeros, la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo ha entendido, como se señala en la sentencia que se comenta, que la materia de concesión de licencias deportivas es competencia del orden contencioso-administrativo. Aun admitiendo que se trata de una cuestión estrechamente vinculada al contrato de trabajo, también se considera que la ley ha otorgado competencias sobre la misma a la Administración por lo que el control de cualquier conflicto ha de ser asumido por el orden jurisdiccional

contencioso-administrativo. En nada modifica dicha conclusión el hecho de que la Administración decida delegar su potestad en esta materia en una entidad privada por cuanto esta última actúa en tal caso como sujeto delegado y no titular de la función pública que le confiere la Administración (Auto del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001).

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS

A) Relaciones funcionariales y estatutarias

El pronunciamiento seleccionado declara la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de cuestiones relativas a la convocatoria para la provisión de plazas de personal estatutario.

– STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de julio de 2002 (recurso 30/2002), I.L. J 2276.

1. La demandante trabajaba para el Servicio Andaluz de Salud (SAS) con un contrato de trabajo indefinido (en los hechos probados se dice que la actora era *personal laboral fijo indefinido*). Al ser transferido su centro de trabajo al SAS en el centro de trabajo de ese mismo organismo sito en el Hospital Universitario Macarena de Sevilla, pasó a ser personal estatutario *en plaza en propiedad*. Actualmente ocupa la plaza de “pinche de cocina” en el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla. Habiéndose publicado una oferta de trabajo para el nombramiento de dos Auxiliares Administrativos Interinos para el Distrito Sanitario Aljarafe, la hoy actora registró su solicitud de participación en la prueba específica para la promoción interna. Hay que saber que en la citada oferta se reseñaba que una de las dos plazas se reservaba para el turno restringido de promoción interna, siendo la otra destinada a ser cubierta por turno libre. Una vez que hubo concluido el proceso de selección, le fue comunicado a la actora su no promoción interna temporal, al no haber sido la misma autorizada por la Dirección General de Personal y Servicios. Como consecuencia de ello, se declaró desierto el turno referido y se acrecentó en una plaza el turno libre. La citada plaza fue ocupada posteriormente por otra trabajadora hoy codemandada. Frente a aquella resolución demandó la actora en primera instancia, pero el Juzgado estimó la excepción de incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de esta cuestión debatida, por eso, se recurre en suplicación ante el TSJ de Andalucía cuya sentencia es la que ahora comentamos.

2. De manera clara, la Sala, haciendo referencia al criterio establecido en supuestos anteriores, rechaza el recurso examinado. El argumento principal es que la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de las cuestiones surgidas entre el personal estatutario que presta servicios en instituciones sanitarias de la Seguridad Social, proviene del art. 45.2 de la Ley General de Seguridad Social de 1974. Éste es un precepto que continúa vigente con respecto al personal estatutario pese a su derogación para el resto del personal funcionario de la Seguridad Social en virtud de la Disposición Derogatoria Primera.B).4 de la Ley 30/1984. Así pues, ya que se trata de una competencia residual, ha de interpretarse con criterios restrictivos. Por ello, a juicio de Tribunal, ha de tenerse presente la DA Séptima de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, a cuyo tenor “las convocato-

rias de los procedimientos de selección, de provisión de plazas y de movilidad a que se refiere esta Ley, así como sus bases, la actuación de los Tribunales y cuantos actos administrativos se deriven de ellas, podrán ser impugnados por los interesados en los casos y en la forma previstos con carácter general en las normas reguladoras del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa”. En atención a lo expuesto, la Sala concluye que el Orden Jurisdiccional Social es incompetente para decidir sobre la petición de la actora y que corresponde al orden contencioso-administrativo pronunciarse sobre si la decisión del Servicio Andaluz de Salud se ha ajustado, o no, a derecho.

3. Cabría plantearse sobre este supuesto si, ya que se trata de una promoción interna temporal, no sería precisa ninguna convocatoria previa. En ese caso se podría eludir la aplicación de la citada DA Séptima. Pero el propio Tribunal ha despejado la duda al considerar que la promoción interna temporal implica un traslado y por lo tanto debe ponerse en relación con el art. 11.1 de la Ley 30/1999, que exige para ello la previa convocatoria pública. Se puede afirmar que también para la promoción interna temporal, igual que para la definitiva se requiere una convocatoria pública para que se respeten los principios de mérito y capacidad. De hecho existió convocatoria para la provisión de la plaza pretendida por la actora. Así pues, al resultar plenamente aplicable lo dispuesto en la DA Séptima de la citada Ley 30/1999, la competencia queda atribuida al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Esta cuestión de la delimitación competencial entre ambos órdenes es una de las más insatisfactoriamente resueltas por nuestro ordenamiento. La elevada litigiosidad que caracteriza a este colectivo del personal estatutario ejemplifica lo afirmado. La doctrina (RENTERO JOVER, SÁNCHEZ PEGO, MERCADER UGUINA) ha señalado que la atribución de competencia al orden social crea una situación de “esquizofrenia competencial”. La falta de coherencia que supone la diversidad de jurisdicciones que pueden entrar a conocer en el desarrollo de la prestación de servicios de este personal, tiene como efecto el notable incremento del riesgo de resoluciones contradictorias y la conflictividad que de ello deriva.

C) Administradores sociales

En el supuesto comentado se descarta que los administradores mancomunados de una sociedad estuvieran al mismo tiempo unidos a ella por una relación laboral.

– STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2002, I.L. J 1781.

1. El recurso de suplicación se presenta contra la sentencia de instancia que estima la demanda interpuesta por “Recaders de Girona i Provincia, SL” frente a la TGSS y los particulares D. Juan L.P. y D. Jaume C.F., y declara el derecho de estos últimos a estar dados de alta en el RGSS a tiempo parcial. En la sentencia recurrida constan como hechos probados que los codemandados compartían la condición de administradores mancomunados de la sociedad y contratados laborales con un tiempo de trabajo efectivo semanal inferior a las 40 horas. También que, en su condición de administradores, cursaron su

II. Trabajador

alta en el RGSS como asimilados a trabajadores por cuenta ajena a tiempo parcial, solicitud que fue denegada por la TGSS procediendo al alta de los mismos en el mismo régimen pero a tiempo completo, alegando la ausencia de relación laboral y, por lo tanto, la inaplicación de la normativa sobre contratos a tiempo parcial.

2. A través del primero de los motivos del recurso extraordinario presentado por la TGSS, ésta pretende la adición de un nuevo párrafo en la relación de hechos probados en el que se señale la ausencia de pruebas sobre la existencia de un contrato de trabajo, ni de otra naturaleza, que regule la actividad de D. Juan L.P. y D. Jaume C.F. como administradores, al mismo tiempo que solicita la supresión del hecho que declaraba probado que los mismos prestaban servicios laborales a tiempo parcial para la sociedad. Este motivo es desestimado por la ausencia de pruebas sobre lo que se afirma. Sin embargo, sí se admite el segundo de los motivos, que denuncia la infracción, por interpretación errónea, de los arts. 1.3.c) y 12 ET. La Sala comparte con la TGSS el argumento según el cual, los code mandados no mantienen una relación de trabajo por cuenta ajena con la actora, por lo que no cabe la existencia de un contrato laboral a tiempo parcial. Considera además, que la posibilidad de la contratación a tiempo parcial no está prevista legalmente para la relación que vincula a los administradores con la correspondiente sociedad de capital, y que, de apreciarse tal posibilidad, se estaría abriendo las puertas al fraude, ante la imposibilidad de cuantificar el tiempo que un administrador dedica a la empresa. Por todo ello se estima el recurso de suplicación y se ordena la revocación de la sentencia del juzgado de lo social.

3. Ciertamente la resolución que se recurre induce a confusión al considerar como hecho probado la existencia de relación laboral a tiempo parcial, pues se desconoce si ello significa la convivencia de relaciones laboral y mercantil de los administradores, o la asunción de la naturaleza laboral de su relación con la sociedad. Una afirmación u otra tendría su trascendencia, sin embargo la Sala opta por eludir este debate ante la falta de pruebas y se centra en el que gira en torno a la naturaleza jurídica de la relación de los administradores. En mi opinión, no se puede excluir la laboralidad de los administradores por el mero hecho de serlo, sino que es necesario tomar en consideración las efectivas funciones que llevan a cabo para, en su caso, aplicar la exclusión contenida en el art. 1.3.c) ET. Tampoco es claro que el régimen de asimilación previsto en el art. 97.2.k) LGSS se deba a la ausencia de laboralidad de estos supuestos, sino más bien a la peculiaridad que presentan estas relaciones en las que el rasgo de dependencia aparece diluido hasta el punto de no existir en casos concretos. En consecuencia, en cuanto no considero evidente la extralaboralidad de estas figuras, tampoco entiendo la exclusión automática de las previsiones en materia de contratación a tiempo parcial. Lo que sí resulta convincente es el criterio de prudencia aplicado por el tribunal, que, ante la inexistencia de una regulación específica del trabajo a tiempo parcial de los administradores, prefiere excluir su consideración para evitar fraudes. No obstante, las ventajas de una regulación en esta materia son evidentes dada la abundancia de resoluciones en que se plantea esta demanda.

4. ZONAS GRISES

Las tres primeras sentencias recogidas se refieren a cuestiones relacionadas con el personal contratado en Administraciones Públicas. Una determina cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios sobre provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas; la segunda aborda un aspecto concreto de la relación laboral que una a profesores de religión católica en centros públicos concertados; y la última se ocupa del papel del Consejo escolar en la gestión y dirección de centros escolares. Además se incluye un pronunciamiento acerca de un profesional que prestaba servicios de consulta. Por último, otra sentencia trata de delimitar si el trabajo realizado en el supuesto litigioso tiene como fin primordial la formación intelectual o profesional del becario afectado.

B) Personal contratado en Administraciones Públicas

– STS de 20 de septiembre de 2002 (recurso de casación para la unificación de doctrina 3603/2001), I.L. J 1890.

1. El Secretario del Sindicato de Administraciones Públicas de CCOO de Guadalajara, demandó a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y también a una de sus trabajadoras, solicitando al Juez de lo Social que dictase una sentencia por la que se declarase la baja en la bolsa de trabajo de la trabajadora demandada o, subsidiariamente que se declarase la nulidad de los contratos firmados por ella, llamándose para ocupar ese puesto de trabajo “al siguiente de los apuntados en la bolsa de trabajo”. Se trataba de otra trabajadora que igualmente había interpuesto demanda frente a las mismas partes, acumulada a la anterior, con la pretensión de ostentar mejor derecho para ocupar la plaza en cuestión. La sentencia que dictó el Juzgado de lo Social en su día, acogía la excepción de incompetencia de jurisdicción y sin realizar pronunciamiento de fondo, remitía a las partes al orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Frente a esta resolución, se planteó Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que estimó el recurso por entender que la cuestión suscitada era competencia del orden jurisdiccional social y declarando la nulidad de la sentencia de instancia, devolvió las actuaciones al Juzgado para que hiciese un pronunciamiento sobre el fondo. Frente a esta última sentencia se interpone ahora recurso de casación para la unificación de doctrina por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

2. La cuestión que se plantea consiste en determinar qué órgano jurisdiccional es el competente para conocer de los litigios que sobre provisión de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas, se plantean a propósito de los criterios interpretativos que han de manejarse a la hora de aplicar las denominadas “listas o bolsas de trabajo”. Sobre el particular se ha venido pronunciando el Tribunal de manera contradictoria hasta que se convocó Sala General que emitió dos sentencias, ambas de 14 de octubre de 2000. En ellas se estableció la doctrina que sostiene que la competencia para conocer de los con-

II. Trabajador

flitos suscitados por la provisión de puestos de trabajo por los organismos públicos, siempre que tales conflictos no se susciten con ocasión de la cobertura de los puestos en cuestión por procedimientos de promoción interna, ha de atribuirse al orden contencioso-administrativo. Varias son las razones en las que se sustenta esta doctrina. Primero porque se considera que aunque estemos ante una contratación laboral, siempre que se trate de una contratación de nuevo ingreso se está actuando una potestad administrativa en orden a la selección de personal conforme a parámetros de normas administrativas. Cuestión distinta sería si se tratase de una promoción interna, donde la Administración ya actúa claramente como empresario dentro del marco de un contrato de trabajo existente y aplicando normas laborales a una persona que tiene la condición de trabajador. Así, en los supuestos de nuevo ingreso, la actuación administrativa es previa al vínculo laboral y predomina el carácter de poder público que tiene la Administración estando por ello obligada a seguir las reglas de los arts. 18 y 19 de la Ley 30/1984 LMRFP así como lo dispuesto en el Reglamento General de Ingreso 364/1995. En definitiva, que son aplicables los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad porque la regulación del derecho administrativo resulta prevalente dada la presencia de un interés general al que se conecta el ejercicio de una potestad administrativa. Por último, aunque de modo sutil, el Tribunal se pronuncia sobre el fondo cuando afirma que en este tipo de casos no se cuestionan verdaderos derechos adquiridos sobre los puestos de trabajo en cuestión, sino solamente meras expectativas de derechos a los mismos.

3. Es precisamente este último aspecto de los planteados por el Tribunal en su sentencia el que provoca algunas reflexiones. Puesto que la determinada posición en una bolsa de trabajo es una mera expectativa, ni siquiera se puede fundar la existencia de un precontrato, que de existir, sí quedaría comprendido dentro del ámbito del orden social de la Jurisdicción. He aquí la cuestión: se trata de saber si la integración en una bolsa de trabajo para ser contratado por la Administración según el orden establecido puede considerarse una suerte de precontrato mediante el cual la Administración se obliga a llamar al trabajador cuando necesite la realización de un trabajo; o si estamos ante una mera expectativa de contratación a la que no cabe situar aún en el ámbito laboral pues el contrato no se ha celebrado todavía. Ante esta alternativa la doctrina se ha inclinado por una u otra dependiendo de los elementos que se considerasen más relevantes para la resolución del caso, pero las Sentencias dictadas en Sala General el 14 de octubre de 2000, no dejan lugar a dudas acerca de la solución por la que se inclina el Tribunal Supremo: los conflictos que se susciten por la provisión de puestos de trabajo por los organismos públicos han de atribuirse al orden contencioso-administrativo.

– STS de 18 de octubre de 2002, I.L. J 1995.

1. Reclaman los demandantes, que son profesores de Religión Católica en centro público de enseñanza primaria, concertado, el abono de ciertas cantidades en concepto de diferencias salariales, estimando que debe ser abonada por el Ministerio de Educación y Ciencia.

2. Se estima que la cuestión debatida ha sido resuelta en unificación de doctrina por reiteradas sentencias entre otras la de 4 de julio 2002, en la que se dice que aunque se han

transferido competencias a la Junta de Andalucía, en materia de enseñanza, art. 19 de la Ley Orgánica 6/1981, de 30 diciembre, del Estatuto de Autonomía, no lo es menos que en el art. 7 del Acuerdo de 1979 el Estado asumió la financiación de dicha enseñanza, obligación que se exterioriza en las sucesivas Leyes de Presupuestos de 1995 a 1998, mediante la consignación de las correspondientes partidas presupuestarias, sin que hasta el momento actual exista la concreción de las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a la que nos ocupa, como señala el art. 147.2 de la CE. En consecuencia procede condenar al abono de las cantidades reclamadas a la Administración Central del Estado (Ministerio de Educación y Ciencia).

3. En el art. 7 del Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, dice La situación económica de los Profesores de religión católica, en los distintos niveles educativos que no pertenezcan a los Cuerpos docentes del Estado, se concertará entre la Administración Central y la Conferencia Episcopal Española, con objeto de que sea de aplicación a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo. La obligación que se asigna al Ministerio de Educación y Ciencia es nítida aplicación del referido artículo del Acuerdo citado.

– **STS de 28 de octubre de 2002** (recurso de casación para la unificación de doctrina 254/2002), I.L. J 2009.

1. El trabajador ahora demandante prestó servicios como profesor para el colegio demandado hasta que fue despedido mediante carta en la que se le imputaba haber enviado a una alumna una carta de contenido inadecuado. Interpuesta la demanda por despido, ésta se estimó en parte por la sentencia de instancia que calificó de improcedente el despido porque no se había cumplido de forma adecuada el mandato del art. 60.6 de la LO 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, referente al trámite de audiencia del Consejo Escolar. La sentencia dejó sin conocer el fondo del asunto. Tanto el trabajador como el colegio, recurrieron en suplicación ante el Tribunal de Justicia de Galicia. El trabajador solicitaba la nulidad del despido y el colegio la procedencia. Ambas pretensiones fueron desestimadas porque el Tribunal entendía que se había incumplido el requisito de la audiencia del Consejo Escolar y que este incumplimiento conducía a la declaración de improcedencia. Todo ello, nuevamente sin entrar a conocer del fondo del asunto. Ahora, el colegio interpone recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo cuya sentencia estamos comentando.

2. En primer lugar la Sala se tiene que pronunciar sobre las objeciones a la admisión del recurso pues tanto por parte del trabajador como del Ministerio Fiscal se había argumentado la inexistencia de contradicción. Pero el Tribunal considera que la contradicción existe y que hay dos doctrinas contrapuestas con efectos en el pronunciamiento. Así pues, entrando en el asunto planteado, el Tribunal ratifica su doctrina contenida en la sentencia de contraste de 5 de diciembre de 1990. Las garantías para el trabajador en las causas de despido vienen establecidas en el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, pudiendo, eventualmente, ser adicionado con previsiones al respecto por el Convenio Colectivo.

II. Trabajador

El Tribunal estima que el juego de estas dos instituciones garantiza suficientemente el derecho de defensa del trabajador y en consecuencia, la exigencia de la audiencia del Consejo Escolar impuesta por la LODE no tiene incidencia alguna en el ámbito del Derecho del Trabajo.

3. La cuestión estriba en que la facultad de dirección, de gestión, de la empresa, que se reconoce al empresario en los arts. 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores no se debe ver limitada, reducida, ni tan siquiera interferida por esta exigencia de audiencia que prevé la LODE. De este modo, la intervención del Consejo Escolar no es necesaria para que el empresario, dentro del marco del contrato laboral, pueda adoptar la decisión de despedir al trabajador. Todas estas facultades siguen siendo correspondientes al empresario. El Consejo Escolar es un órgano cuya actuación y acuerdo únicamente producirán consecuencias propias y directas en la esfera de la Administración Educativa, sobre todo en cuanto al régimen de concierto entre los centros de enseñanza privados y la Administración Pública. La Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (BOE 307, de 24 de diciembre) ha derogado entre otros artículos, el art. 2.1 de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, en el que se regulaban los medios de participación en los centros docentes estableciendo que la comunidad educativa participará en el gobierno de los centros a través del Consejo Escolar. La nueva regulación legal, no obstante, ha recogido entre sus artículos de nuevo al Consejo Escolar para ratificar su naturaleza de órgano de participación en el control y la gestión de los centros (art. 81). Sus atribuciones se encuentran descritas en el art. 82. Sea como fuere, lo que no se desprende del nuevo articulado, tampoco en esta ocasión, es que entre las atribuciones se encuentre la de ser una suerte de primera instancia en la resolución de los conflictos laborales.

D) Profesionales liberales

– STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2002 (recurso 5200/2002), I.L. J 2409.

1. El actor ha prestado sus servicios para una Fundación asesorando a algunos de los usuarios de la misma. El actor acudía al despacho que la demandada tenía para ese y otros fines. El propio actor, cuando se le comunicaba que había algún usuario de la Fundación para proponer consulta, fijaba el horario de atención. Acudía a la cita por él fijada y si el cliente no asistía el actor esperaba un tiempo prudencial y si no comparecía el citado, se iba sin cobrar el tiempo perdido. Cobraba una cantidad fija por hora y cada media hora le daban un vale o ticket. Cuando tenía varios pasaba por caja y los hacía efectivos, firmando unas facturas que él mismo presentaba. No tenía ni horario, ni vacaciones, ni relación con el órgano rector de la demandada. En 2001, la Fundación decidió prescindir del servicio de consulta que daba el actor por falta de efectivos y así se le comunicó verbalmente, iniciando éste una reclamación por despido.

2. Ante la declaración de incompetencia de jurisdicción hecha en instancia, el Tribunal considera que no se ha probado ni siquiera indiciariamente que “durante y con ocasión de la relación de colaboración mantenida por el actor con la demandada estuviera some-

tido a régimen de vacaciones o descansos, cumplimiento de horario, logro de objetivos, acatamiento de instrucciones ni sometimiento de clase alguna a la organización o disciplina de la demandada, ni aun menos que por aquella colaboración y otros cualesquiera servicios el demandante percibiera ni tuviera derecho a percibir cantidad alguna en concepto de salario, cuando sea cual fuere la tesis que sobre la carga de la prueba se sustente al invocante de subsistencia incumbía su acreditamiento o demostración”. De hecho, “cuando la existencia de la relación laboral es el hecho constitutivo de la pretensión plasmada en la acción que en la demanda se ejercita, la carga de tales hechos incumbe al demandante”. No es posible deducir, por tanto, la naturaleza de laboral o de contrato de trabajo en esta prestación de servicios por lo que “la cuestión objeto de discusión en el litigio excede de los límites competenciales del orden jurisdiccional social ya que tal relación mantenida entre los contendientes reviste los requisitos y caracteres propios de trabajos de colaboración o arrendamiento de servicios (...) ya que en tal relación no concurren las notas de exclusividad y ajenidad, jornada fija, normas de actuación, dependencia formal y sometimiento a disciplina jurídica”.

3. No considera probada la sentencia la existencia de los presupuestos sustantivos que configuran la relación laboral. Pero lo cierto es que de los hechos descritos no resulta tan sencilla dicha exclusión. Parece que el juzgador valora de forma determinante el que no existan vacaciones o descansos, que no se fije horario alguno ni consecución de objetivos concretos así como que no quede acreditada la dependencia formal o el sometimiento a una disciplina jerárquica de la empresa. Mas de los hechos no se deduce una extralaboralidad tan palmaria. Si bien es cierto que el actor fijaba una atención horaria una vez que existía necesidad de atender a un usuario perteneciente a la Fundación para la que trabajaba, también lo es que percibía una remuneración de esta última en función de las horas destinadas a dicha prestación, en concreto por cada media hora de asesoramiento. Eso sí, cuando cobraba la cantidad correspondiente, facturaba a la Fundación por los servicios prestados como si se tratara de un trabajo por cuenta propia. Como es sabido, la diferencia entre el arrendamiento de servicios y la relación laboral se fundamenta básicamente en las notas de ajenidad y dependencia. Aquí la ajenidad no se cuestiona y sería difícil deducir su presencia o su inexistencia. Pero la dependencia sí puede ser, por el contrario, valorada. Exige la misma que la prestación de servicios se desarrolle dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. Un criterio que admite una graduación en función del tipo de prestación que se efectúe. Y, así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha permitido incorporar a la noción de trabajador por cuenta ajena a empleados o trabajadores intelectuales o profesionales que poseen un alto grado de independencia técnica sin que con ello se prejuzgue su subordinación directa o indirecta al círculo rector y organizativo del empresario. De hecho, y aunque pudiera deducirse lo contrario de la sentencia que se comenta, ni la exclusividad ni la utilización de un lugar de trabajo concreto son criterios determinantes de este presupuesto. Con todo, sí sirve este pronunciamiento para concluir que algunos Tribunales optan por la extralaboralización cuando no consideran suficientemente probados algunos criterios sin tan siquiera plantearse que el Estatuto de los Trabajadores propone precisamente lo contrario, una presunción de laboralidad cuando existen dudas sobre la misma.

I) Otros (Becarios)

– STSJ de Aragón de 8 de julio de 2002 (recurso 571/2002), I.L. J 1696.

1. Con experiencia laboral en el seno de otras entidades públicas, la actora había ganado una beca, en septiembre de 1995, convocada y otorgada por el Instituto Tecnológico de Aragón, para formación de graduados universitarios en nuevas tecnologías; el Instituto es una entidad de derecho público dependiente de la Diputación General de Aragón. La beca fue prorrogada, posteriormente hasta octubre de 1998, y durante el tiempo de su disfrute la actora realizó trabajos similares a los llevados a cabo por personas vinculadas con el Instituto por relación laboral. En octubre de 1998, la actora fue contratada por el mismo Instituto a través de un contrato laboral para obra y servicio determinado a efectos de realizar determinados proyectos específicamente identificados. Con efectos de 31 de diciembre de 2001, le fue comunicado a la actora el cese, al haber finalizado la totalidad de los proyectos en los que había intervenido sucesivamente. En el tiempo de prestación de la actividad contractual, la actora disfrutó de ciertos permisos por cuidado de hijos, aunque le fue denegado el último que solicitó por finalizar el contrato con anterioridad a la fecha de efectos de aquel permiso. Otras trabajadoras del Instituto, en la misma situación contractual que la actora, vieron transformados sus contratos temporales en contratos indefinidos. Efectuada reclamación por despido, el Juzgado de lo Social lo declaró improcedente y recurrida la sentencia en suplicación por la misma trabajadora, pretendiendo la declaración de nulidad, la Sala lo desestima, confirmando íntegramente el fallo de la sentencia de instancia.

2. El recurso impugna dos aspectos básicos de la sentencia de instancia, primero no haber considerado relación laboral, a efectos de antigüedad, el tiempo de prestación de servicios como becaria y, segundo, no haber declarado nulo el despido. En los dos casos la doctrina de suplicación es clara, aunque en el presente comentario sólo importa el primer razonamiento. En lo relativo a la delimitación de relaciones contractuales y becas afirma la Sala, razonablemente, que ha de estarse al caso concreto para determinar, uno a uno, si concurren o no en él las características de una u otra institución, es decir, si prevalece la prestación de servicios para otro, o si el trabajo tiene por fin primordial la formación intelectual o profesional del que lo realiza, aunque la obra realizada pueda también surtir un beneficio, que no es el preponderante, para la entidad que otorga la beca. Tratándose en el supuesto enjuiciado de un ente administrativo de naturaleza científica, es claro que los estudios realizados por los becarios representan una aportación para la entidad, según el nivel o mérito alcanzado por el trabajo, que puede llegar a ser en ocasiones mayor que los trabajos de investigación realizados por otros trabajadores como prestación de servicios, si es escaso su valor técnico o científico, pero ello por sí solo no cambia su naturaleza, sino que habrá que analizar, en estos concretos supuestos, otros datos de la relación, como la previa formación del becario, su preparación para la labor encomendada, posibles relaciones laborales previas, o la propia duración o reiteración de los trabajos becados, pues una sucesión prolongada de éstos puede ocultar una relación laboral. En el caso concreto no hay datos suficientes para afirmar tal cosa, ni la experiencia en documentación de la actora, ni la indiferenciación entre los estudios realizados por la becaria y otros realizados por trabajadores del Instituto, siendo normal que permaneciera tres años como becaria antes de ser contratada laboralmente.

3. La solución adoptada por la Sala es realista en cuanto que se manifiesta contraria a la posibilidad de distinguir, con carácter general y previo, las relaciones laborales de las relaciones no laborales, por la condición de becario del presunto trabajador. Tan malo sería, desde luego, atribuir la condición de trabajador a cualquier becario, como negar a cualquier becario la condición de trabajador. Lo primero porque eliminaría el estímulo de las organizaciones privadas y públicas en su ayuda a la formación o a la iniciación profesional de estudiantes y titulados sin experiencia; lo segundo porque abriría una grieta excesiva en el ordenamiento, por la que se filtrarían indebidamente auténticos contratos de trabajo. Es muy válida la jurisprudencia social (SSTS de 7 de julio de 1998, 13 de junio de 1988, etc.) que delimita la beca de la relación laboral en que en la primera la finalidad fundamental perseguida es la facilitación del estudio y la incorporación posterior del becado a la vida activa, mientras que en la relación laboral tal objetivo se troca en el aprovechamiento del resultado del trabajo por quien otorga la beca. Claro es que tal distinción sigue siendo sutil e imposible de llevar a cabo fuera del supuesto concreto a enjuiciar, en el que a la postre se valorará judicialmente la “generosidad” o el “abuso” empresariales.

5. NOCIÓN DE TRABAJADOR EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Trabajador por cuenta ajena

– STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 16 de julio de 2002, I.L. J 1814.

1. La empresa cambia de objeto social el 1 de abril de 2001 y la TGSS acordó que varios trabajadores de la misma fueran dados de alta en el RGSS con efectos de 1 de junio de 2001, indicando como código de contrato el núm. 100. La empleadora impugna la calificación de los contratos con el núm. 100, al objeto de que se calificasen con el núm. 150. La TGSS desestimó la solicitud y acordó que se tramitase el alta de los trabajadores como contratos indefinidos ordinarios sin bonificaciones. Ante ello la empleadora interpone demanda al único objeto de que fueran identificados los contratos de trabajo con el epígrafe 150 en vez de con el 100, a los efectos previstos en el RD-Ley 5/2001, de 2 marzo.

2. El TSJ se plantea como cuestión previa, el de la falta de jurisdicción y estima que la empleadora no impugna la afiliación y alta de ciertos trabajadores en el RGSS, sino únicamente el número de identificación de los contratos de trabajo, mostrando su disconformidad con el número dado con la finalidad de obtener la bonificación prevista en el art. 6 RD-Ley 5/2001 sobre la cotización empresarial a la seguridad social. Estima que ello incide directamente en la liquidación o determinación de la obligación contributiva de la demandante respecto de la TGSS, y por ello forma parte de la gestión recaudatoria de conformidad con el art. 3.1.b) LPL, es ajena al orden social de la jurisdicción, pudiendo dirigirse al orden contencioso-administrativo.

II. Trabajador

3. En el RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, que entró en vigor el 4 de marzo de 2001, se establecen en su art. 6, entre otros casos para contratos indefinidos iniciales a tiempo completo o parcial, celebrados durante el período comprendido entre la fecha de entrada en vigor de la presente norma y el 31 de diciembre del año 2001, darán derecho, a partir de la fecha de la contratación, a las bonificaciones de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes que se señalan. Se añade en el apartado 6 que los contratos acogidos al presente programa de fomento del empleo estable se formalizarán en el modelo oficial que disponga el Instituto Nacional de Empleo. Es pues incontestable que el objeto de la demanda era que se cambiara el epígrafiado dado a los contratos de trabajo suscritos, para que la demandante pudiera obtener las bonificaciones a que se refiere la citada norma. Es cierto que en ocasiones el tema de la impugnación de la afiliación o alta o de su denegación ha sido estimado por el TS, como objeto de la competencia del orden social, pero cuando no ha tenido una finalidad tan directa en la obtención de reducción en el importe de las cuotas empresariales a la TGSS. En la STS de 1 diciembre de 1999 se dice, con cita de las de 15 de julio de 1997 y 29 de octubre de 1999, que la impugnación de los actos de encuadramiento practicados por la Tesorería General de la Seguridad Social, cuando no se formula con un exclusivo carácter retroactivo, vinculado además en su interés práctico a las consecuencias de esa impugnación en la obligación de cotizar, no puede considerarse como una materia excluida del ámbito de la Jurisdicción Social. No se está impugnando un acto de gestión recaudatoria, porque el acto cuestionado no se dirige a “la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social”, sino a determinar el régimen de la Seguridad Social en que está incluido el trabajador. En el presente caso no existe duda de que la impugnación de un elemento de la afiliación o del alta de los trabajadores tiene una única finalidad que es la obtención mediata de una bonificación de la cuota empresarial de la seguridad social, lo que entra sin duda en la gestión recaudatoria, ajena al proceso laboral.

a) Familiares

– STSJ de Cataluña de 26 de noviembre de 2002 (recurso 525/2002), I.L. J 1953.

La sentencia escogida resuelve un caso en el que la presunción de no laboralidad que afectaría a una prestación de servicios para una hermana queda destruida por las circunstancias concretas en que se produce.

1. La demanda, planteada como una reclamación en materia de desempleo, se basa en el rechazo de dicha prestación por la entidad gestora al considerar ésta que la beneficiaria demandante no reúne el período de carencia exigido toda vez que no procede tener en cuenta la prestación de servicios efectuada para su hermana, titular de la empresa. La actora había venido trabajando como camarera por cuenta de su hermana, Doña Rosario R.R., titular de un restaurante, sin perjuicio de que, con anterioridad, aquélla había prestado servicios para otras empresas. La actora se separa de su marido en septiembre de 1998, quedándose el cónyuge en el domicilio conyugal, por lo que ella se traslada a vivir a casa de sus padres, en la que también convive su hermana. A partir de noviembre de 2000, la demandada cambia de domicilio, una vez que obtiene el divorcio de su marido. La actora acredita, para el caso de estimarse la demanda, un total de 1.162 días cotizados y una base de 5.325 pesetas diarias.

2. La demandante comenzó a trabajar para su hermana estando casada y viviendo con su marido en el domicilio conyugal, percibiendo el correspondiente salario, estando pues en el momento de su inicio “ante una auténtica relación laboral a la que no le afecta en absoluto lo establecido en el art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores, sobre exclusión de trabajos familiares, ya que no existe convivencia con quien recibe los servicios, y quien los presta tiene la condición de asalariado”. El Tribunal considera que el hecho de que con posterioridad proceda la separación de su cónyuge y se traslade al domicilio de sus padres en el que también habita su hermana, para quien trabaja, no modifica la conclusión anterior. Continúa siendo asalariada, y dadas las circunstancias concurrentes, no cabe presumir que exista una comunidad de bienes familiar o que viva a expensas de su familia “lo que eliminaría el requisito de la ajenidad”. Para contrastar esta solución se citan las SSTs de 30 de abril de 2001 (recurso 1789/2000) y 13 de marzo de 2001 (recurso 1971/2000), en un caso porque el familiar participa en el negocio familiar y en el otro porque la convivencia es permanente y no parcial como ocurre en el supuesto que nos ocupa. En definitiva, en este supuesto la convivencia no se produce con la titular o dueña del centro de trabajo sino con los padres de ésta y en cuanto al “estar a su cargo” o lo que es igual depender económicamente del pariente con el que se convive, no resulta de los hechos probados pues los ingresos de la demandante son los correspondientes a su categoría profesional de camarera ejercida por cuenta ajena y los frutos de su trabajo en el bar de su hermana van a parar a la demandante, ya que su convivencia familiar era eventual y lógicamente cada una de ellas tiene su propio patrimonio, no siendo equiparable a efectos prácticos las relaciones paterno-filiales, con las relaciones existentes entre hermanos. Por lo tanto, en este caso, la sentencia objeto de comentario considera destruida la presunción de no laboralidad de los trabajados familiares.

3. Como es sabido, la exclusión que determina el art. 7.2 LGSS como trabajadores por cuenta ajena del cónyuge o de los familiares del empresario se produce siempre salvo prueba en contrario. A tal fin, el art. 40.1 del RD 84/1996, de 26 de enero, BOE de 27 de febrero (Reglamento de inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas de los trabajadores) establece que, al formular la afiliación o el alta de los familiares del empresario como trabajadores por cuenta ajena, deberá acompañarse una declaración del empresario y del familiar en la que se haga constar la actividad que da lugar al encuadramiento del trabajador en el sistema, su categoría profesional, su puesto de trabajo, la forma y cuantía de la retribución, el centro de trabajo, el horario del mismo y cuantos otros datos resulten precisos, pudiendo requerirse informe a la Inspección de Trabajo por la TGSS. Pero además, la exclusión se lleva a cabo en el art. 7 LGSS, lo que permite deducir que, aunque los familiares no fueran considerados trabajadores por cuenta ajena, ninguna objeción legal existiría para que se dieran de alta en el sistema en cualquier Régimen distinto al General de la Seguridad Social como, por ejemplo, el RETA. Mas, en este caso, esa solución deviene innecesaria puesto que la conclusión alcanzada por el Tribunal parece razonable. No en vano, no parece que quepa duda alguna sobre la laboralidad de la prestación de la hermana de la empresaria así como de la no dependencia y de la relación meramente circunstancial de convivencia en el domicilio paterno.

b) Extranjeros

Dos pronunciamientos son objeto de comentario. El primero determina las consecuencias que a efectos del cálculo de una pensión tiene el que durante un tiempo se prestaran servicios por cuenta ajena sin permiso de trabajo. El segundo se ocupa de un supuesto de accidente laboral sufrido por un trabajador sin idéntica autorización.

– STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2002 (recurso 8511/2001), I.L. J 1943.

1. La actora, de nacionalidad británica, había solicitado pensión de jubilación que le fue reconocida por resolución del INSS. Para determinar la cuantía de la pensión, el INSS tomó en cuenta las cotizaciones acreditadas por la actora entre 1976 y 1999, período en el que prestó servicios laborales en nuestro país, y las efectuadas en Gran Bretaña entre los años 1952 y 1966. Contra dicha resolución la actora interpuso demanda solicitando que, a efectos de calcular la base reguladora, se tomaran también en consideración, con el consiguiente incremento de la cuantía de la pensión, las cotizaciones efectuadas en España antes del año 1967. El Juzgado de lo Social desestimó dicha pretensión por entender que no procedía computar dichos períodos de cotización. La exclusión de estos períodos se justifica, según la sentencia de instancia, en que durante dichos períodos la actora carecía del necesario permiso de trabajo para prestar actividad laboral por cuenta ajena. Contra dicha sentencia se interpuso por la actora recurso de suplicación.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia que ahora se comenta, desestima el recurso de suplicación y confirma la sentencia de instancia. Para ello, el Tribunal valora los efectos que derivan de la presunción de existencia de relación laboral contenida en el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores. Dicha presunción permite entender que existe relación laboral no sólo cuando medie formalmente un contrato escrito o de palabra, sino también cuando se acredita la existencia de una prestación retribuida de servicios dentro del ámbito de organización y dirección del empresario o empleador. Sin embargo, cuando se trata, como en el caso controvertido, de una trabajadora extranjera que, durante el lapso de tiempo en el que presta su actividad laboral, no tenía regularizada su situación administrativa al no haber obtenido el permiso de trabajo ni de residencia, dicho período no puede ser tenido en cuenta para solicitar mayor base reguladora de su pensión de jubilación.

3. La protección social de los trabajadores extranjeros está equiparada, tanto en su nivel contributivo como no contributivo, a la de los trabajadores nacionales sin necesidad de convenios internacionales ni de reciprocidad. Esta afirmación es válida cuando se trata de extranjeros que se encuentren legalmente en España. Si su situación no está regularizada tienen acceso a los servicios y prestaciones sociales básicas y, en caso de estar prestando una actividad laboral, gozan de protección en materia de accidentes de trabajo, asistencia sanitaria y maternidad. Así lo reconoce una abundante doctrina de suplicación señalando que la mera prestación de servicios por cuenta ajena genera el derecho a la protección social, en particular cuando se trata del reconocimiento de derechos derivados de un accidente de trabajo (en este sentido, entre otras, STSJ de Aragón de 9 de septiembre de 2002 y STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2002). De esta forma, la nulidad del contrato de

trabajadores extranjeros por carencia de los permisos correspondientes no alcanza a eliminar el acceso a la protección derivada de determinadas contingencias. Sin embargo, la interpretación judicial es más estricta cuando se trata de computar, a efectos de acceder a pensiones o de determinar su cuantía, como períodos de cotización los lapsos temporales en los que el trabajador extranjero ha prestado servicios laborales en situación irregular. En estos casos, diversos pronunciamientos se han manifestado en el sentido de excluir dicha posibilidad de modo que dichos períodos no se computan a efectos de lucrar prestaciones (STSJ de Cataluña de 17 de noviembre de 2001, STSJ de Madrid de 17 de febrero de 1997 y STSJ de Andalucía 13 de mayo de 1992). Precisamente, en esta línea se inscribe la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de septiembre de 2002.

– **STS de 7 de noviembre de 2002** (recurso de casación para la unificación de doctrina 3172/2001), I.L. J 2027.

1. El demandante, de nacionalidad marroquí, sufrió un accidente de tráfico cuando se dirigía al lugar en el que debía prestar una actividad laboral por cuenta ajena. Disponía de permiso de residencia pero carecía de permiso de trabajo, aunque fue conseguido algunos meses después de haber ocurrido el accidente, siendo afiliado al sistema de seguridad social. Efectuada la correspondiente reclamación judicial de la prestación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, el Juzgado de lo Social la desestimó entendiendo que el contrato de trabajo era nulo y, en cuanto tal, no podía producir ningún efecto ni laboral ni de seguridad social. Interpuesto recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón lo estimó, anulando la sentencia de instancia, con la argumentación que se reproduce en el número 2 siguiente.

2. El derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, por parte de un trabajador extracomunitario con permiso de residencia, deriva de lo dispuesto en la Recomendación núm. 151 y en los Convenios números 19 (de 1925, ratificado por España en 1928, Gaceta, 26) y 143 (de 1975), respectivamente sobre igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes de trabajo y sobre migraciones en condiciones abusivas y promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes. Invoca asimismo la sentencia de la Sala, la normativa contenida en las Leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000, aún no siendo aplicables al caso por razones temporales. Por su parte, los RCU de la Mutua y empresario condenados fueron inadmitidos por el Tribunal Supremo por falta de contradicción entre la sentencia recurrida y dos anteriores de la propia Sala de suplicación, al no encontrar entre ellas las identidades requeridas por el art. 217 LPL.

3. La inadmisión de los RCU, al no acreditarse el presupuesto de la contradicción entre sentencias, obliga a comentar la fundamentación establecida por la Sala del Tribunal Superior de Justicia competente, olvidando la anécdota del contenido de las sentencias de contraste. Entendemos que la posición adoptada por dicha Sala es socialmente irreprochable, amén de contar con fundamentos jurídicos suficientes aún antes de entrar en

vigor las Leyes Orgánicas 4 y 8/2000; porque lo que resulta verdaderamente indefendible es la tesis de que los trabajos realizados por los extranjeros sin permiso de trabajo determinan la nulidad del vínculo contractual con el empleador que encargue y retribuya el trabajo. Fuera de esa dimensión jurídico-laboral, el art. 1 del Convenio núm. 19 de la OIT es suficientemente rotundo para no permitir dudas al respecto, disponiendo que los Estados obligados por el Convenio deben conceder a los nacionales de cualquier otro Estado miembro que lo haya ratificado, y que sean víctimas de accidentes de trabajo en su territorio, el mismo trato que otorgue a los nacionales. En la sentencia no consta si Marruecos tiene ratificado o no el Convenio núm. 19 —duda que quizá fuera despejada por la Sala sin trasladar el dato al texto de aquélla— pero lo que sí es terminante es el precepto del propio art. 1.2 del Convenio núm. 19, de no exigir “ninguna condición de residencia” para aplicar la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros. Con todo, llama la atención la aparente inaplicación al caso del art. 7.1 LGSS en la redacción introducida por las Leyes 13/1996 y 66/1997 y la no invocación del Convenio núm. 97 de la OIT (de 1949, ratificado en 1967, BOE de 7 de junio), del Convenio bilateral de Seguridad Social con Marruecos de 8 de noviembre de 1979 y de los preceptos de los reglamentos comunitarios destinados a la protección social de los trabajadores de países no pertenecientes a la CEE.

B) Inclusiones por asimilación

Todas las sentencias incluidas en este apartado abordan cuestiones que afectan a socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas.

a) Socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas

– STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2002, I.L. J 1668.

1. En esta ocasión se resuelve el recurso de suplicación planteado por la TGSS frente a una sentencia del juzgado de lo social, que estimaba parcialmente la demanda planteada por la sociedad limitada “Asesoría Jurídica Administrativa Gesgar” contra dos de sus administradores y la propia Tesorería. Constan como hechos probados en la resolución recurrida que los dos administradores codemandados fueron dados de alta en 1998 en la Seguridad Social como contratados laborales a tiempo parcial de la citada sociedad. Asimismo se destaca que cada uno de ellos era propietario de un 10 por ciento de las participaciones que conforman el capital social de la demandante. Se toma en cuenta como hecho relevante que uno de los administradores, D. Pablo C.G. se dedicaba también al ejercicio de la abogacía, estando dado de alta en la Mutuality de la Abogacía, mientras que el otro, D. Rossend S.P., trabajaba como agente de seguros, y estaba afiliado como tal en el RETA. Como se señalaba, la sentencia de instancia estimó en parte la demanda y declaró el derecho de los codemandados a quedar encuadrados en el RGSS como trabajadores a tiempo parcial.

2. Frente a la solución alcanzada por el juzgado de lo social, el TSJ sostiene la aplicación al supuesto de hecho del art. 97.2.k) LGSS y en consecuencia, el encuadramiento de los

demandados en el RGSS como trabajadores asimilados a trabajadores por cuenta ajena a tiempo completo. La sentencia que se comenta mantiene el criterio sostenido por la propia sala en resoluciones anteriores, entendiendo que la inclusión de los interesados en el RGSS está originada en su condición de consejeros de una sociedad capitalista, entendiendo que esta inclusión no debe presuponer la existencia de una relación de trabajo, y por tanto, la aplicación del art. 12 ET, que regula la contratación a tiempo parcial de los trabajadores por cuenta ajena. Por lo tanto, es el carácter no laboral de la relación de los consejeros con la demandada el que justifica la solución alcanzada por el TSJ de Cataluña.

3. La sentencia comentada resulta de interés en primer lugar por la curiosa alusión a la falta de argumentación jurídica de la solución alcanzada por la resolución de instancia. Efectivamente, el ponente se detiene a señalar cómo el juez de lo social, tras aplicar la ley al supuesto, alcanza una solución que no le resulta justa y opta por mantener una respuesta intermedia entre la posición de la TGSS, que solicitaba la inclusión de los interesados en el RGSS a tiempo completo, y el de la demandante, que solicitaba idéntico encuadramiento pero a tiempo parcial, concluyendo la inclusión a tiempo parcial pero con determinadas peculiaridades. Llama la atención por el contraste, la postura del juez de lo social, que valora el caso en base a criterios de justicia, y la del TSJ, que apoya su solución en la estricta aplicación de la legalidad. Pero la cuestión de fondo que despierta este llamativo inciso es la de la posible aplicación a los miembros del consejo de administración de una sociedad capitalista, que no poseen el control efectivo sobre la misma, de las normas sobre cotización aplicables a los trabajadores por cuenta ajena a tiempo parcial (ver también el comentario a la STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2002, I.L. y 1781). De la aplicación del art. 97.2.k) LGSS sólo se deriva la necesaria inclusión de este colectivo en el RGSS en régimen de asimilación, por tanto excluyendo las previsiones en materia de desempleo y FOGASA. Sin embargo, no se da respuesta a supuestos como el que aquí se plantea en que los administradores comparten su actividad con otras ajenas a la misma, y que, a falta de más datos, podrían ser consideradas a tiempo parcial, excluyendo las consecuencias gravosas que ello puede traer a la sociedad en la que desempeñan tal cargo.

– STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2002, I.L. J 1785.

1. Según la relación de hechos probados de la sentencia recurrida en suplicación, el demandante era administrador único de la sociedad limitada “Esmerin”, cargo que desempeñaba de forma gratuita. Además era socio titular del 51 por ciento del capital social de la misma, quedando probado que el 49 por ciento restante estaba suscrito por su hija. Por otro lado, el actor estaba dado de alta en el RGSS como trabajador por cuenta de la sociedad “Barambeck, SL”. Esta situación es revisada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que insta al demandante a regularizar su situación y proceder a su alta en el RETA. Como consecuencia de este requerimiento, se solicita su alta en el RETA desde esa fecha, sin embargo la TGSS procede a su alta con efectos retroactivos hasta la fecha de constitución de la sociedad de la que es socio mayoritario y administrador.

II. Trabajador

Frente a esta resolución administrativa presentó reclamación previa alegando que, por su condición de socio mayoritario que no participa de forma activa en la sociedad, y de administrador sin retribución, no correspondía su inclusión en el citado régimen. Posteriormente la sentencia de instancia desestima la petición del demandante.

2. La Sala del TSJ desestima nuevamente la pretensión de baja en el RETA del recurrente. En los fundamentos de derecho se confirma la exclusión realizada por la sentencia de instancia de la aplicación del párrafo 2º de la DA Vigésima Séptima LGSS, según el cual quedan excluidos del sistema de Seguridad Social los socios, sean administradores o no, de sociedades cuyo objeto social sea la gestión de patrimonio. Se rechazan las alegaciones del recurrente en el sentido de entender que en su concreto supuesto tampoco se dan los requisitos esenciales para su encuadramiento en el RETA conforme a la citada DA, dado que no realiza de forma personal, habitual y directa ninguna actividad a título lucrativo. A las mismas se opone la Sala argumentando que la gratuidad en el cargo no equivale a actividad no lucrativa, y que, no dándose el supuesto recogido en el apartado 2º de la DA Vigésima Séptima LGSS, corresponde la inclusión del actor en el RETA de acuerdo con el resto de previsiones contenidas en dicha disposición.

3. La presente resolución se caracteriza por su gran confusión, quizá derivada de la propia de los antecedentes de hecho, entre los que se consideran probados hechos que más tarde no son tenidos en cuenta pese a su relevancia. No obstante, considero que la solución alcanzada por la misma es acertada, aunque disiento en los argumentos que la justifican. Quizá fuera más razonable atender a las funciones efectivas que incumben al actor como administrador de la sociedad, y si éstas son las de dirección y gerencia, corresponderá su inclusión en el RETA de acuerdo con el contenido del apartado 1º de la tan repetida DA Vigésima Séptima. En esta ocasión, la cuestión que se plantea no se refiere a la inclusión del socio en el RGSS o en el RETA, sino su inclusión en éste o su directa exclusión del sistema de Seguridad Social. El hecho de que el actor sea socio mayoritario excluye por sí mismo la ajenidad y la laboralidad de su relación, y el de que sea administrador excluiría el de dependencia si las funciones que realiza son las de dirección y gerencia, ambas situaciones conducirían a su inclusión en el RETA. Pero la cuestión que plantea el actor es la no relevancia de sus funciones como administrador, que además no son retribuidas y por lo tanto, si estas circunstancias conllevan su exclusión del sistema. La ley no prevé este supuesto, además no se dispone de datos fácticos suficientes, y es por ello que el tribunal ha optado por la justificación de la inclusión en el RETA. Las dudas que despierta esta sentencia son respecto a la capacidad de la DA Vigésima Séptima de amparar la rica variedad de situaciones que se producen en este campo.

– STSJ de Valencia de 5 de febrero de 2002, I.L. J 2050.

1. Ordenando los antecedentes de hecho de los que parte la sentencia, se pueden extraer como datos fundamentales para la resolución del supuesto que, en primer lugar, “Preytabi, SL” fue constituida por Antonio C.G. y Manuel V.G. en marzo de 1995; posteriormente, en mayo del mismo año, Doña Mª. del Mar F.L., esposa del actor, compró el 95 por ciento del capital de dicha sociedad, adquiriendo además la condición de Administradora de la misma; entre octubre de 1995 y octubre de 1997 el actor fue contratado laboralmente

por la sociedad limitada, y dado de alta en el RGSS; nuevamente es contratado con un contrato de personal de alta dirección en 1998, aunque en esta ocasión, y considerándose incluido en la DA Vigésima Séptima LGSS, solicitó su alta en el RETA. No obstante, la TGSS denegó su solicitud, para posteriormente proceder al alta de oficio en el mismo régimen si bien con efectos retroactivos a la fecha de inicio del primer contrato formalizado. Tras reclamar esta decisión, el actor demandó a la TGSS solicitando su inclusión en el RETA desde 1998, solicitud que fue desestimada por el juez de instancia, y que trata ahora de ser resuelta por el TSJ.

2. La cuestión que trata de resolver el TSJ de Valencia no se refiere en esta oportunidad al encuadramiento de este tipo de situaciones en el RGSS o en el RETA, sino a la fecha a partir de la cuál se ha de considerar el alta del actor en este último. Como bien señala la Sala, las previsiones contenidas en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, no tienen efectos retroactivos, sin que ello excluya que se alcance idéntica solución que la mantenida por el juzgado de lo social. Así, se mantiene que, pese a no existir norma legal expresa hasta 1997, la jurisprudencia venía aplicando el mismo criterio marcado por la Ley 66/1997, de encuadramiento en el RETA de aquellas personas que prestaran servicios para sociedades de las que ostentaban el control efectivo de forma directa o indirecta. Para ello se partía del art. 7.2 LGSS, en el que se establecía la presunción *iuris tantum* según la cual no se considera trabajador por cuenta ajena al cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, cuando convivan y estén al cargo del mismo, y presten servicios para él. En consecuencia, en cuanto no se ha destruido tal presunción aplicable al período de cotización cuestionado, la Sala desestima la pretensión del actor y confirma la sentencia recurrida en suplicación.

3. Efectivamente, el tribunal ha optado por la aplicación de la doctrina jurisprudencial previa a la Ley 66/1997, que asimismo había evolucionado de forma confusa y modificado su posición en distintos momentos. El caso en concreto se refiere a una persona física que presta servicios para una sociedad de la que es propietaria mayoritaria su cónyuge. El art. 7.2.a) LGSS, base de los argumentos jurisprudenciales citados por la Sala, no hacía más que mantener en el ámbito de la Seguridad Social la misma presunción contenida en el art. 1.3.e) ET para el ámbito del Derecho del Trabajo. Ambas suponen la exclusión declarativa de su ámbito subjetivo de los supuestos en los que no se pruebe la existencia de relación laboral y concurra determinada relación familiar que de por sí, excluye la ajenidad de la relación. Este supuesto ha sido incluido dentro del concepto de “control efectivo”, concepto genérico que se hace más indeterminado cuando se le adiciona la expresión “directo o indirecto”. En este caso, la presunción es *iuris tantum*, porque lo que se presume es un control efectivo indirecto, por lazos familiares. No obstante, la falta de claridad en esta materia en los estadios previos a la Ley 66/1997, ha impedido que el actor presentara pruebas suficientes para desvirtuar el criterio jurisprudencial mantenido durante el período puesto en cuestión.

– STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 15 de octubre de 2002, I.L. J 2179.

1. Se recurre en suplicación la sentencia de instancia por la que se desestimaba la demanda de la actora, Doña Modesta Henar G.S., contra el INEM por prestación por desempleo. La demandante trabajaba para la comunidad de bienes “Carmelo y Raúl Merino” con funciones de dependiente de comercio de segunda. Se da la circunstancia de que dicha comunidad de bienes ha sido constituida por el cónyuge de la actora, D. Raúl M.M. y D. Carmelo M.M., participando cada uno de ellos en el 50 por ciento de la misma. Constan también como hechos probados que a la actora se le expedían nóminas mensualmente, que estaba dada de alta en el RGSS y que cotizaba de la forma correspondiente. A pesar de ello, cuando Doña Modesta solicitó la prestación contributiva por desempleo al INEM, recibió resolución por la que se denegaba su solicitud.

2. La Sala del TSJ de Castilla y León resuelve el recurso desestimando el mismo y confirmando la sentencia de instancia. En primer lugar, el tribunal admite la adición de un hecho probado nuevo conforme al cual se muestra que Doña Modesta había presentado declaraciones por IRPF acreditando sus rendimientos de trabajo al menos durante tres ejercicios. A continuación, considera inaplicable al supuesto la previsión contenida en la DA Vigésima Séptima, por la sencilla razón de que tal disposición sólo es aplicable a las personas que prestan sus servicios en sociedades capitalistas, y la entidad para la que presta sus servicios la actora no puede ser considerada sociedad, y mucho menos capitalista. Por ello procede a la aplicación al caso de la presunción contenida en el art. 7.2 LGSS, que considera que no son trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, los cónyuges que presten sus servicios para el empresario, conviviendo y estando a cargo del mismo. Según el tribunal, la parte actora no ha presentado pruebas suficientes que destruyan esta presunción *iuris tantum*, sobre todo en relación con el presupuesto de la dependencia, pues no entiende suficientemente probado que la actora estuviera sometida al control y disciplina propios de una relación laboral.

3. En esta ocasión se ha de mostrar desacuerdo con la solución alcanzada por el TSJ. Efectivamente, no es aplicable al supuesto el contenido de la DA Vigésima Séptima LGSS, dado que el empleador es una comunidad de bienes que no puede ser considerada sociedad. No obstante, la aplicación del art. 7.2 LGSS, a la vista de las pruebas presentadas por la parte, puede conducir a una solución bien distinta. En mi opinión, la exclusión contenida en el mencionado precepto se basa en el cuestionamiento de la concurrencia de ajenidad en estas relaciones, no de la de dependencia. Incluso, teniendo en cuenta el dato de que el cónyuge es partícipe en el 50 por ciento de la comunidad de bienes, considero que se continuaría cuestionando la ajenidad y no la dependencia de la actora, que conforme a sus labores desempeñadas recibía las órdenes correspondientes, dentro del ámbito de dirección y organización de su empleador: la comunidad de bienes. En este sentido, creo que las pruebas presentadas por Doña Modesta, sobre todo la de las nóminas y la presentación individual de las declaraciones de la renta, son suficientes para demostrar la concurrencia de ajenidad, pues se muestra que la actora, pese a convivir con su marido, no se encontraba “a cargo” del mismo.

– STSJ de Andalucía de 15 de marzo de 2002, I.L. J 2219.

1. La exposición de los hechos probados es sumamente breve en esta resolución. Se parte del recurso planteado por Don Iván L.D. y Don Jesús L.D. contra la sentencia que desestimaba su pretensión sobre desempleo frente al INEM. Se hace constar que a los demandantes se les deniega la prestación por desempleo por no computárseles el período en que prestaron servicios para la empresa “Prismasur, SL” de cuyo capital su padre es propietario de un 70 por ciento, ostentando además el cargo de administrador único. Se considera hecho probado la convivencia de los demandantes con su padre.

2. Como en sentencias anteriores, la Sala de lo Social del TSJ de Sevilla entiende que en este tipo de relaciones entre parientes los elementos de la relación laboral que se ponen en tela de juicio son la dependencia y la ajenidad. La concurrencia efectiva de estos requisitos ha de ser tenida en cuenta de manera inevitable para lucrar la prestación por desempleo a nivel contributivo solicitada por los demandantes. La Sala trae a colación la doctrina sentada en las SSTC 79/1991, de 15 de abril y 2/1992, de 13 de enero, según la cual es contrario al principio de igualdad excluir del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el solo hecho de ser parientes sus titulares. Por otro lado, destaca que la presunción contenida en el art. 1.3.e) ET permite prueba en contrario y que, por lo tanto, la mera circunstancia de parentesco en una relación puede no excluir la laboralidad de la misma si se muestra que concurren los elementos que la confirmen. Además el Tribunal considera aplicable al caso la doctrina mantenida por la STS de 29 de mayo de 2000 que afirma que dicha presunción no debe operar cuando el empresario es una persona jurídica con la que es legalmente imposible una relación de parentesco. A continuación, la Sala examina la posible concurrencia de circunstancias que prueben que existía una verdadera relación laboral, y las encuentra en el hecho de que la relación de trabajo de los actores se extinguió mediante expediente de regulación de empleo, y en la existencia de dos sentencias firmes de los Juzgados de lo Social condenando a la empresa al pago de la correspondiente indemnización a los mismos. Por todo ello y aplicando la doctrina del TC de vinculación del Juez a los pronunciamientos de otros órganos judiciales, entiende que sí existe relación laboral y por lo tanto declaran el derecho a la prestación contributiva por desempleo de los demandantes.

3. Como primer comentario a la presente resolución convendría destacar el desorden en sus fundamentos jurídicos. Resulta de interés la aplicación de la doctrina del TS según la cual no cabe la relación de parentesco con una persona jurídica. Es razonable atender a esta doctrina pero teniendo en cuenta las excepciones que se le pueden oponer, por ejemplo, cuando se da la circunstancia de que la voluntad de la sociedad viene determinada o se identifica con la voluntad del socio pariente de los actores. En estos casos se aplicaría la doctrina del levantamiento del velo con el fin de determinar de quién depende la voluntad societaria. En el presente supuesto el hecho de que el padre de los actores sea titular del 70 por ciento del capital social y además, administrador único de la misma,

invita a pensar en la identidad de voluntades y en la aplicación de dicha doctrina. No obstante, la presunción contenida en el art. 1.3.e) ET continuaría pudiendo ser cuestionada si concurrieran pruebas que la destruyeran, demostrando la presencia de una relación laboral en este contexto. En este sentido entiendo, con el TSJ que la existencia de dos sentencias firmes que parten de la laboralidad de las relaciones son prueba suficiente para destruir la mencionada presunción, con lo que correspondería la declaración del derecho a la prestación por desempleo de los actores.

C) Exclusiones

c) Actividades excluidas del sistema de Seguridad Social

En la sentencia seleccionada se rechaza la inclusión en el RETA de un médico que se encuentra incorporado a una mutualidad de previsión social.

– STSJ de Cantabria de 12 de julio de 2002, I.L. J 2087.

1. La demandante es médico inscrita en el Colegio Oficial de Médicos de Cantabria desde 29 de febrero de 1992 y ejerce desde entonces la medicina por cuenta propia. En ese Colegio existe una Mutualidad denominada Caja de Familia de Médicos de Cantabria, a la que obligatoriamente ha de pertenecerse como requisito previo a la colegiación. Dicha Mutualidad está acogida al art. 1.1 y 2 del Reglamento de Mutualidades de Previsión Social de 4 de diciembre de 1985. La demandante pertenece a dicha Mutualidad, al igual que todos los colegiados a 10 de noviembre de 1995. Pidió el alta en el RETA el 11 de noviembre de 2000, a lo que se opuso la TGSS.

2. Se estima la pretensión de que se trata porque la actora está acogida a un Colegio Profesional con Mutualidad amparada en el art. 1, puntos 1 y 2 del Reglamento específico de Mutualidades de Previsión Social de 4 de diciembre de 1985. A la demandante se le debe aplicar el apartado segundo, de manera que al tratarse de profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, y estuviesen integrados en tal fecha en una mutualidad de las referidas, podrán solicitar el alta en el RETA, en caso de que decidan no permanecer incorporados en la misma en el momento en que se lleve a término la adaptación prevenida en apartado 3 de la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre. Si la citada adaptación hubiese tenido lugar antes del 1 de enero de 1999, mantendrá su validez la opción ejercitada por el interesado al amparo de lo establecido en la mencionada disposición transitoria. Éste es el supuesto de la demandante por lo que le son aplicables sus efectos. Dichas Mutualidades de previsión social discusión de un plazo de cinco años desde la entrada en vigor de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, para adaptarse a los preceptos de la misma. Transcurrido el plazo de cinco años, las personas que ejerzan una actividad por cuenta propia en los términos del art. 3 del Decreto 2530/1970, de 20 de septiembre, por el que se regula el RETA, y estén colegiados en un colegio profesional cuyo colectivo no haya sido integrado en dicho régimen especial, deberán solicitar la afiliación y/o el alta en el mismo, siempre que decidan no permanecer incluidos en la mutualidad que

tenga establecida dicho colegio profesional. De lo que se deduce que la demandante se ha ajustado a lo previsto en la norma, solicitando la afiliación al RETA, una vez transcurrido el plazo de 5 años, desde la entrada en vigor de la Ley.

3. Se ha de estimar que la Ley 30/1995, de 8 noviembre, fue modificada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

MIGUEL ÁNGEL LIMÓN LUQUE

ANA DE LA PUEBLA PINILLA

BORJA SUÁREZ CORUJO (COORDINADOR)

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BÓDMAR

MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ

LUIS E. DE LA VILLA DE LA SERNA

III. EMPRESARIO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Empresario. A) Concepto de empleador. **3. Contratas.**

A) Alcance de la responsabilidad en la cadena de contratistas de una misma obra.

B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. C) Responsabilidad por salarios de tramitación. **4. Cesión ilegal.** A) Requisitos que delimitan el supuesto de

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

5. Sucesión de empresas. A) Mantenimiento del convenio colectivo de la empresa

cedente. B) Sucesión de empresas de economía social. C) Subrogación empresarial

prevista en convenio colectivo. D) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual.

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 9 a 12 de 2002 de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1619 a J 2463) que afectan a materias relativas a la figura del empresario. Se analizan cuestiones ligadas a la determinación del verdadero empleador en supuestos de relaciones triangulares (contratas, cesiones y empresas de trabajo temporal) y grupos de empresa, así como las relativas a la determinación de los sujetos responsables y al alcance de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores en supuestos de sucesión de empresas. Las Sentencias del Tribunal Supremo analizadas pertenecen, casi en su totalidad, a la Sala Cuarta del mismo, si bien en aquellos supuestos en que la resolución objeto de crónica no perteneciese a la precitada, aparecerá reflejada la Sala correspondiente. Por otra parte, las sentencias dictadas en unificación de doctrina están indicadas con la abreviatura u.d.

2. EMPRESARIO**A) Concepto de empleador**

Los procesos de descentralización productiva suelen generar señalados efectos sobre las condiciones laborales de los asalariados que prestan sus servicios en las empresas impli-

cadass. A pesar de ello, desde la perspectiva jurídica los desplazamientos de la actividad económica inicialmente se manifiestan como un fenómeno puramente mercantil o de organización administrativa. Al empresario corresponde decidir sobre la forma de organizar la actividad económica dentro del mercado de productos y servicios, aspecto incluido en su libertad de iniciativa económica. La libertad de empresa, reconocida en el art. 38 de la Constitución, permite al empresario elegir entre la realización directa, mediante trabajadores contratados en régimen laboral, de una concreta actividad empresarial o, con la misma libertad, optar por un sistema de contratación civil o mercantil con terceros para la realización de parcelas de dicha actividad. Por ello, puede afirmarse que el empresario posee libertad para dimensionar y estructurar la organización productiva. El ordenamiento jurídico no impone a éste el deber de organizar la actividad de forma autosuficiente; dicho de otra manera, no cabe forzar a las empresas a contratar laboralmente la ejecución directa de todo su ciclo productivo.

Conviene recordar que la utilización de mecanismos de descentralización económica no debe permitir al empresario eludir las garantías mínimas establecidas a favor de los trabajadores por la legislación laboral, sea ésta de origen estatal o convencional. Ello es lo que sucede en los supuestos en los que el negocio jurídico que soporta el desplazamiento productivo pretende ocultar lo que no es más que una mera actividad de tráfico ilegal de mano de obra. En la medida en que las actuaciones realizadas al amparo del texto de una norma que persiguen un resultado prohibido por el propio ordenamiento jurídico deberán ser consideradas fraude de ley, resultará interesante distinguir las contrataciones auténticas de los negocios jurídicos simulados que encubren interposición. Pero la realización de esta operación implica también y, con carácter previo, la identificación del verdadero empleador. Así lo hace la **STSJ de La Rioja de 6 de junio de 2002**, I.L. J 1690, que se detiene a recordar los rasgos que caracterizan la figura del empresario a efectos laborales, que como la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado difieren de las delimitaciones conceptuales realizadas por otras disciplinas jurídicas:

“(…) pese a tener el concepto de empresa un carácter unitario en la esfera de lo económico, la inmersión de la empresa, como tal, en el mundo jurídico, da lugar a que cada rama del Derecho presente ciertas diferencias de acento o enfoque, sin perjuicio de mantener el citado núcleo esencial de identidad, y así como en el Derecho mercantil se centra o fija en la finalidad lucrativa o de obtención de ganancia, en el campo del Derecho laboral lo que interesa es la condición de empleadora que la empresa tiene, en cuanto ocupa trabajadores que están bajo la dirección y dependencia del titular de la organización, pudiendo considerarse empresario, conforme a las normas de los números 1 y 2 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores a toda persona, física o jurídica, o comunidad de bienes, titular de una explotación u organización dentro de cuyo ámbito prestan servicios retribuidos unos trabajadores, bajo la dirección de aquélla y por cuenta y cargo de la misma”.

Más adelante volveremos sobre esta sentencia, para analizar las consecuencias que ello tiene a los efectos de calificar una situación concreta como cesión ilegal de mano de obra.

3. CONTRATAS

A) Alcance de la responsabilidad en la cadena de contratistas de una misma obra

Una de las dificultades principales que presenta la aplicación del art. 42.2 ET está relacionada con la extensión subjetiva de la responsabilidad prevista en el mismo en los supuestos en que el proceso de descentralización productiva se presenta encadenado. Nos referimos a los casos coloquialmente denominados de encadenamiento de contratas, en los que una empresa contrata una parcela de su actividad empresarial con una empresa auxiliar, mientras que ésta a su vez subcontrata con una segunda auxiliar una subparcela de lo contratado y así sucesivamente. La discusión se centra en discernir si también en estos casos la exigencia de responsabilidad se impone de manera encadenada o si bien, por el contrario, la cadena de responsabilidades es discontinua, afectando exclusivamente a las empresas vinculadas directamente en uno de los eslabones del fenómeno descentralizador, es decir, únicamente al subcontratista empleador del trabajador demandante y a su inmediato antecesor.

En principio, tres hipótesis son imaginables: en la primera, de aceptación plena del encadenamiento, todas las empresas responden solidariamente respecto de las empresas auxiliares situadas en eslabones inferiores respecto de cada una de ellas; es decir, la empresa principal respondería respecto de los trabajadores de todas las auxiliares sucesivas, al propio tiempo que la primera auxiliar respondería respecto de los trabajadores de la segunda y sucesivas, etc. En la segunda hipótesis, de encadenamiento parcial, la empresa principal respondería respecto de todas las empresas auxiliares sucesivas, pero la responsabilidad solidaria no se impondría a las empresas auxiliares situadas en los eslabones intermedios de la cadena descentralizadora. En la tercera hipótesis, de negación del encadenamiento, la empresa principal respondería exclusivamente respecto de los trabajadores de la primera auxiliar, mientras que la primera auxiliar actuaría como empresa principal frente a la segunda auxiliar, respondiendo sólo respecto de los trabajadores de esta última y así sucesivamente.

La mera literalidad del precepto a interpretar, en su versión previa a la reforma operada por Ley 12/2001, dificultaba en buena medida la adopción de conclusiones firmes sobre el particular, los términos utilizados por la norma estatutaria resultaban tremendamente imprecisos. Debe tenerse en cuenta que hasta la mencionada reforma, que introdujo dentro de los posibles responsables también a los contratistas, el precepto estatutario no abordaba directamente esta cuestión. Un estudio comparativo de los diversos apartados del originario art. 42 ET no arrojaba resultados concluyentes. Más allá de la rúbrica del precepto, que hace referencia a la responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras o servicios, la letra del apartado 2 fijaba con amplitud la responsabilidad del empresario principal con la de los subcontratistas, mientras que el apartado 1 parecía limitar el ámbito subjetivo de actuación de aquella responsabilidad a los empresarios que contraten o subcontraten con otros.

Si tomamos en consideración que toda previsión de responsabilidad solidaria resulta especialmente gravosa, únicamente justificable por circunstancias excepcionales, y que

habitualmente se interpreta que al respecto no caben interpretaciones analógicas o extensivas, tal responsabilidad únicamente habría de ser predicada de quienes se hallaran unidos por una relación directa de contrata o subcontrata. En su literalidad, esta interpretación dejaría sin resolver la posible responsabilidad de los diversos subcontratistas intermedios de una obra determinada. Estos empleadores, que pueden ser varios, se hallan de hecho relacionados por un mismo interés en la realización de la obra, aunque contractualmente sólo lo están de dos en dos, en cadena. En efecto, el art. 42 ET, a pesar de hacer constante mención a las contratas y subcontratas, se refería a una relación bipolar entre dos únicas empresas –la principal y la auxiliar–, sin referencia en momento alguno a la presencia de una tercera empresa que continúe la cadena de descentralización productiva. La petición del certificado negativo de descubierto se prevé entre dos empresas, sea la primera frente a la contratista o bien la contratista frente a la subcontratista; la imposición de responsabilidad solidaria parece venir igualmente referida a sólo dos empresas, la principal y la subcontratista. En todo caso, ello inclinaba a rechazar las dos primeras hipótesis planteadas. La responsabilidad impuesta a cada empresario lo sería respecto a los trabajadores de la empresa con la que éste contrata, lo que no dejaba de servir a la lógica desde el momento en que el empresario no puede controlar la celebración de las sucesivas subcontratas, por cuanto que no le corresponde celebrar esos posteriores negocios jurídicos.

Con base en la legislación precedente al ET, la STCT de 29 de noviembre de 1973 se pronunció a favor de la aceptación plena del encadenamiento, argumentando que la norma entonces vigente hablaba de subcontratas de obras y trabajo en términos generales, y razonando que en todos los empleadores afectados se daría el requisito exigidos para imponer tal grado de responsabilidad, a saber: la repercusión del provecho posible del trabajo en cada uno según su esfera de actuación. En caso contrario, se razonaba entonces, sería suficiente con establecer una segunda subcontrata para que la responsabilidad del contratista quedara sin efecto. Por su parte, las resoluciones judiciales que se han pronunciado en aplicación del originario art. 42 ET apuntan hacia una dirección finalista en la interpretación del precepto legal. Se estima que la finalidad del art. 42.2 ET es garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan disponer vaya en perjuicio de la protección social del trabajador. Ello permite observar la obra o el servicio como una unidad de hecho en la que concurren varias empresas con un interés compartido y común. Desde esta perspectiva, las sucesivas empresas actúan como auxiliares en la cadena descendente, pero bajo el control económico y técnico prevalente del dueño de la misma o, en su caso, del contratista principal. Lo que el precepto quiere evitar es que quien se halla mejor situado en esa cadena de contratación, quien con toda probabilidad percibirá los mayores beneficios económicos de la actividad que realizan otros, pueda escapar a las posibles deudas de estos últimos frente a sus trabajadores.

Pero, es sobre todo la reforma de 2001 la que introduce un cambio significativo en la redacción del art. 42.2 ET, que en parte permite una lectura diferente y un régimen diverso en cuanto al alcance de la responsabilidad en el aspecto que venimos analizando.

III. Empresario

En efecto, a partir de dicha reforma el art. 42.2 ET imputa al empresario principal una responsabilidad solidaria respecto de la obligaciones de naturaleza salarial contraídas “por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores”, mientras que anteriormente se refería exclusivamente a los “subcontratistas”. En buena medida, el Tribunal Supremo parece adelantar esta interpretación cuando, en un supuesto que precisaba resolver de conformidad con la normativa anterior, se detiene a señalar:

“(…) aunque no es excesivamente expresiva sobre el particular, sí que puede considerarse sintomática, como hecho coetáneo a tener en cuenta para la interpretación adecuada de dicho precepto, la nueva redacción dada al art. 42.2 ET por el RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, ratificada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, al introducir como responsables solidarios no sólo a los subcontratistas sino también a los contratistas, lo que supone una precisión ampliatoria de la responsabilidad a tener en cuenta a estos efectos y que podría reforzar la tesis que aquí se defiende” **STS de 9 de julio de 2002**, u.d., J 1715.

Pero la solución adoptada no parece cerrar todas las dudas en la aplicación del precepto. En primer lugar, el planteamiento legal quizás resulte excesivamente simplificador pues se centra en el modelo de transferencia de actividad productiva tradicional, limitado a número muy concreto de sectores de la actividad económica. En particular, ello supone preguntarse cómo ha de jugar el requisito de la propia actividad en estos supuestos de encadenamiento de contratas, en el sentido de que ha de constatarse una relación de causalidad directa de la propia actividad de la empresa principal sólo con la empresa contratista, o también ha de constatarse entre la empresa principal y cada una de las subcontratistas de la cadena. En segundo lugar, cuál es la posición que asume la empresa contratista respecto de las obligaciones salariales de la empresa subcontratista; es decir, de aceptarse la responsabilidad solidaria de la empresa principal respecto de la subcontratista, ello se hace en lugar de la responsabilidad solidaria de la empresa contratista o, por el contrario ello se efectúa manteniendo la responsabilidad solidaria acumulada de la empresa contratista respecto de la subcontratista. En tercer lugar, qué alcance tiene el certificado negativo de descubierto respecto de las obligaciones de Seguridad Social: basta con que el empresario principal obtenga dicho certificado respecto de la empresa contratista para eximirse de toda la responsabilidad en cadena, o bien ésta le exime exclusivamente respecto de los trabajadores de la contrata, de modo que también deberá solicitar otros tantos certificados de las empresas subcontratistas; caso de jugar este segundo criterio, hemos de preguntarnos cómo tiene constancia la empresa principal que la contratista ha efectuado una subcontratación en cadena que le obliga a solicitar un nuevo descubierto y hasta qué punto tiene la contratista la obligación de darle noticia a la principal de la subcontratación; sería posible pensar que si la contratista solicita el certificado negativo de descubierto éste alcanza no sólo a eximirle a ella de la responsabilidad solidaria sino que también tiene efectos reflejos sobre la correlativa responsabilidad solidaria de la empresa principal. Como puede vislumbrarse son muchos los interrogantes que abre la presente sentencia y sobre los que necesariamente tendrán que pronunciarse nuestros Tribunales laborales tarde o temprano.

B) Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad

La determinación del sujeto responsable del pago del recargo de prestaciones económicas de Seguridad Social en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional prevista en el art. 123 LGSS continúa planteando problemas aplicativos. Vaya por delante que en esta ocasión se trata de una responsabilidad de carácter directo que deberá recaer únicamente sobre el empresario infractor según dispone el art. 123.2 LGSS. La medida, aunque responde a la ausencia de observancia de las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, en ningún caso puede considerarse sanción administrativa, circunstancia que de producirse lesionaría el principio *non bis in idem*, puesto que el recargo de las prestaciones de Seguridad Social es independiente del paralelo procedimiento administrativo sancionador, que deberá desarrollarse en cumplimiento del régimen jurídico previsto en la LISOS. Por ello, el recargo de prestaciones cumple únicamente una función resarcitoria del daño causado en la persona del trabajador, pues será el trabajador afectado, o en su ausencia sus familiares, el destinatario de las cantidades económicas correspondientes.

El problema surge cuando empresario principal y contratista asumen simultáneamente deberes en materia de prevención de riesgos laborales, de manera que la infracción que desencadena la aplicación del art. 123 LGSS puede ser imputada a varios sujetos. En principio pueden presentarse varias situaciones: en primer lugar, las características del accidente o de la enfermedad profesional pueden deberse únicamente a la negligencia del empresario principal, sin que sea posible relacionar los hechos que motivaron la lesión con las obligaciones del contratista; en este supuesto, entre otras, estarían todas aquellas situaciones de riesgo derivadas de la falta de acondicionamiento del local de trabajo; en tales supuestos, del recargo de las prestaciones de Seguridad Social ha de responder únicamente el empresario principal; en segundo lugar, la situación de riesgo puede responder al incumplimiento de las obligaciones del empresario contratista, sin que en la intervención del empresario principal pueda observarse quebrantamiento del deber de vigilancia al que le obliga la LPRL; entre otras situaciones, en este apartado cabría introducir los accidentes o enfermedades profesionales ocasionados por materiales o herramientas aportados por el empresario contratista; en este caso la responsabilidad será del empresario contratista; finalmente, y probablemente así será en muchos de los supuestos en que ambos empresarios compartan lugar de trabajo, resultará de gran complejidad aislar la identidad del sujeto responsable de las infracciones de las normas de prevención de riesgos laborales causante de la lesión del trabajador, en buena lógica cabe pensar que si ésta se produce será por la concurrencia de diversas circunstancias, en buena medida imputables a empresario principal y subcontratista; en estos supuestos, con apoyo en los arts. 123 LGSS y 42.2 de la LPRL, se abre la puerta a la exigencia de responsabilidad directa en el pago del recargo sobre las prestaciones por accidente de trabajo a ambos empresarios.

En el segundo de los supuestos citados podríamos integrar el litigio resuelto por la **STSJ de Murcia de 4 de junio de 2002**, I.L. J 1640, en el que la infracción de las normas de

III. Empresario

seguridad que provocaron el accidente sufrido por un trabajador de una empresa subcontratista fue cometida únicamente por los responsables de ésta:

“el accidente se produjo por no adoptarse las medidas de apuntalamiento y suspensión de las chapas metálicas para proteger al trabajador de la caída o proyección violenta de los materiales y demás elementos de trabajo, cuyas medidas debían haberse adoptado por la empresa para la que trabajaba el trabajador fallecido, por lo que la actitud o conducta imprudente o culposa sólo puede predicarse de dicha empresa, sin que las demás intervinientes, en la forma indicada en hechos probados, hubiesen generado algún tipo de riesgo que determinase una concurrencia de culpas”.

Por su parte, en este mismo apartado podría incluirse la **STSJ de Andalucía de 18 de junio de 2002**, I.L. 2262, al revocar la sentencia de instancia que declaraba la responsabilidad de empresas contratista y principal en el abono del 40 por ciento de recargo de prestaciones por infracción de medidas de seguridad, a un trabajador que con motivo de un accidente de trabajo ocurrido en el centro de trabajo de la segunda se encuentra en situación de Invalidez Permanente Absoluta. La sentencia afirma que no es adecuado que el empresario principal responda por esta vía porque:

“no puede hablarse en este caso de empresario infractor que contempla el art. 123.2 de la LGSS, pues tal concepto requiere la constancia de un acto negligente concreto de la empresa principal, al que no puede equipararse la genérica culpa *in vigilando*, pues las barandillas existían y la empresa principal no puede constituirse en un vigilante permanente de actuaciones imprudentes de los trabajadores (las quitaron para su comodidad) realizadas a sus espaldas y sin autorización de las mismas”.

C) Responsabilidad por salarios de tramitación

Se trata de resolver si los salarios de tramitación, que han de abonarse en un despido declarado improcedente por sentencia judicial firme, se encuentran incluidos en el concepto de obligaciones de naturaleza salarial a las que hace referencia el art. 42.2 ET. En otras palabras, si la responsabilidad del empresario principal derivada de la aplicación del anterior precepto alcanza a las cantidades adeudadas al trabajador por este concepto. La **STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2002**, I.L. J 1742, nuevamente niega esta posibilidad, en esta materia nos remitimos a los comentarios realizados en anteriores ocasiones.

4. 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 art. 42 del ET y la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, actividad prohibida salvo a las empresas de trabajo temporal, se presenta nuevamente como fuente de litigios. La anterior tarea exige un cuidado especial en la revisión de los hechos probados cuan-

do las actividades objeto de descentralización forman parte del ciclo productivo de la empresa principal o han de ser acometidas en las instalaciones de esta empresa.

La jurisprudencia se ha visto obligada a fijar algunos criterios para diferenciar ambas figuras. Según esta línea jurisprudencial, se incurre en la prohibición del art. 43 ET siempre que los trabajadores hayan sido contratados para desarrollar su labor para la empresa principal bajo la dirección y formando parte de la estructura organizativa de ésta. Todo ello independientemente de que la empresa contratista ejerza una actividad empresarial propia y cuente con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables, puesto que como se ha puesto de manifiesto anteriormente:

“la jurisprudencia unificadora ha fijado como línea de distinción no tanto en el dato de que la empresa cedente existiera realmente sino si actuaba como verdadero empresario, analizando en el caso concreto si el cedente actuaba o no realmente como verdadero empresario”.

Tales sirven a la **STSJ de La Rioja de 6 de junio de 2002**, I.L. J 1690, para declarar la existencia de cesión ilegal en un supuesto en el que la empresa contratista siendo

“una empresa real que cuenta con organización e infraestructura propias, en las relaciones mantenidas con (...) se ha limitado a suministrar mano de obra sin poner en juego su organización ni sus medios propios, sin correr riesgos económicos de pérdidas o ganancias, ni ejercer auténtica actividad empresarial, prestando sus servicios las trabajadoras contratadas por la primera, junto a trabajadoras contratadas por la primera junto a trabajadores de la segunda, en el centro de trabajo de ésta, utilizando los medios materiales e instrumentales que ésta les proporciona, a las órdenes de los jefes y encargados de la segunda, sin que exista conexión organizativa alguna con la primera que carece de mínima organización en La Rioja”. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de La Rioja de 2 de septiembre de 2002**, I.L. J 2153.

Por el contrario, sin poner en duda la anterior doctrina, la **STSJ de Aragón de 23 de octubre de 2002**, I.L. J 2162, considera que no existe cesión de trabajadores en un supuesto en el que las empresas afectadas poseen “órbitas de negocio diversas, estructura y actividad propias; que el contrato entre ellas, para la prestación de los servicios es real y efectivo, en función de un específico proyecto, al que ha venido dedicándose la actora (junto a otros trabajadores de la empresa a la que pertenece), siendo esencialmente técnica e intelectual la actividad que comporta el proyecto al que está dedicada, que es actividad propia del objeto empresarial de ATOS; prevaleciendo en el entorno de la relación laboral de la actora (disciplinario, derechos y su efectividad, régimen de trabajo y representativo de los trabajadores, dato nada desdeñable) notas que permiten en este caso descartar una cesión encubierta”.

El Tribunal considera que no puede concluirse que hubo cesión aunque el trabajo se desarrollase en dependencias de la empresa principal, con sus instrumentos y “cierto control de resultados”, aspecto este último que considera propio de cualquier empresa receptora de servicios. En nuestra opinión no se tienen suficientemente en cuenta otros

III. Empresario

indicios de interés, como que la trabajadora tenía asignado correo electrónico en la empresa principal o que participaba en cursos de formación sobre programas y sistemas informáticos junto a trabajadores de la primera.

Por su parte, la **STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2002**, I.L. J 2416, en un supuesto de una empresa dedicada al montaje de platós y decorados de televisión, utilizando las herramientas proporcionadas por la empresa subcontratista, pero haciendo uso también de grúas elevadoras y otros elementos propiedad de la empresa principal, se detiene a considerar el precio del servicio prestado, como dato fundamental para desestimar la existencia de cesión ilegal. En concreto, la sentencia afirma que:

“(…) en este caso decisivo es que la cantidad mensual a tanto alzado que abonaba (…), suma tan elevada que forzosamente ha de comprender no sólo honorarios correspondientes al servicio de montaje sino también los materiales empleados en el mismo”.

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

El ordenamiento jurídico laboral responde al suministro ilegal de mano de obra concediendo a los trabajadores afectados el derecho a adquirir la condición de fijos, optando por una de las dos empresas, cedente y cesionaria, que participan en el tráfico ilegal. La especial posición jurídica de las Administraciones Públicas en el papel de empresario permite plantear dudas en la aplicación del art. 43.3 ET cuando el trabajador ejerce su derecho de opción a favor de la Administración implicada. El respeto al mandato constitucional impide sujetar la contratación de personal laboral por estas entidades a las mismas reglas que la contratación entre particulares, imponiéndose en los procesos de ingreso como personal laboral al servicio de la Administración las exigencias de publicidad, libertad de concurrencia, mérito y capacidad, como hemos comentado en otros números de esta revista. 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; distinción que la propia sentencia razona aseverando que:

“(…) el carácter indefinido del contrato y la fijeza en plantilla a que se refiere la doctrina de la Sala a que se ha hecho referencia (...) el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no está sometido, directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal fijo en las Administraciones Públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá causa lícita para extinguir el contrato” **STS de 19 de junio de 2002**, u.d., I.L. J 1973.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 17 de septiembre de 2002**, u.d., I.L. J 1978.

5. SUCESIÓN DE EMPRESAS

A) Mantenimiento del convenio colectivo de la empresa cedente

La determinación del convenio colectivo aplicable en los supuestos de transmisión empresarial ha sido objeto de importantes precisiones jurisprudenciales que han debido solventar las lagunas de la regulación precedente, hasta la reforma operada en el art. 44 ET por Ley 12/2001. La STS de 11 de octubre de 2002, u.d., I.L. J 1991, aborda el problema de determinar el marco convencional por el que se rigen las relaciones de trabajo de los trabajadores que fueron objeto de una cesión por pertenecer al área de negocio afectada por un proceso de absorción entre empresas. En concreto, la discrepancia se limita a conocer si para el cálculo de las indemnizaciones por cambio de centro de trabajo y subvención por transporte, circunstancia en la que se vieron envueltos los trabajadores con posterioridad a la cesión, deben ser las previstas en el convenio colectivo de la empresa cedente. En palabras del Tribunal, la cuestión “(...) consiste en determinar si como consecuencia de la subrogación producida, los trabajadores han tenido y conservan los discutidos derechos, o, por el contrario, como afirma la sentencia recurrida, al no disfrutar de los mismos en el momento del traspaso o cesión, octubre de 1997, no cabe invocar en octubre de 2000 como derecho lo que nunca pasó de ser una mera expectativa”. Dicho de otra manera, si como mantiene la sentencia de la instancia, en el momento en que se produce la decisión unilateral del empresario cesionario de trasladar a alguno de los trabajadores afectados por la transmisión de empresa, permanece vigente el derecho a percibir determinadas indemnizaciones previstas en el convenio colectivo de la empresa cedente. La pervivencia de estos derechos a recibir indemnizaciones por traslado se sostiene en el hecho probado de que tales condiciones fijadas en convenio no han sido sustituidas por otras nuevas.

Por el contrario, el recurrente mantiene que tales condiciones convencionales quedan sometidas a plazo por mandato de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001. De conformidad con lo establecido en el art. 3.3 de la misma, la obligación del empresario cesionario únicamente se prolonga hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. En la medida en que el convenio colectivo de referencia pudiera considerarse vencido, las previsiones contenidas en éste no causarían efectos sobre las relaciones de trabajo de los trabajadores afectados por la transmisión, quienes por tanto no podrían invocar los derechos indemnizatorios previstos para los supuestos de movilidad geográfica.

La jurisprudencia anterior permite sostener la aplicación del convenio de la empresa cedente que nunca se sustituyó por otro, por lo que debe entenderse prorrogado tácitamente, en tanto en cuanto no fuese denunciado por las partes. Por ello, “(...) el marco de las relaciones de trabajo de los actores en el momento de la cesión u consiguiente subrogación era el XV Convenio Colectivo, cuyo art. 28 contenía la expresión de un derecho cierto, que regulaba las cargas económicas que pesaban sobre la empresa en caso de que decidiese trasladar a los trabajadores desde el centro de Leganés a Madrid. Éste era el

III. Empresario

instrumento que contenía el acervo de derechos que la empresa cesionaria estaba obligada a mantener a los trabajadores cedidos hasta que esas condiciones fuesen sustituidas, tal y como ha dicho la Jurisprudencia de esta Sala en las sentencias antes citadas, por otras de naturaleza convencional o legal, para evitar precisamente la petrificación de las relaciones de trabajo de determinados colectivos y permitir la necesaria homologación y uniformidad de situaciones laborales en una empresa” **STS de 11 de octubre de 2002**, u.d., I.L. J 1991.

En otro supuesto, en un proceso de transferencia de personal entre el Estado y una Comunidad Autónoma, el Tribunal Supremo debe pronunciarse sobre la adecuación de la exigencia de un grupo de trabajadores que pretenden que se les abonen, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de la nueva empleadora, los complementos de antigüedad perfeccionados al servicio de la anterior. La sentencia, recuerda cómo en el Convenio Colectivo aplicable, “se destaca la previsión de una cantidad en concepto de antigüedad que se percibirá al cumplir tres años o múltiplo de tres, quienes hubieren percibido anteriormente cantidades superiores las conservarán a título personal pero sin experimentar incrementos en el futuro” **STS de 4 de noviembre de 2002**, u.d., I.L. J 2458.

El silencio del texto convencional con relación a los supuestos en que pudieran producirse percepciones inferiores permite al Tribunal recurrir al pacto que regulaba las condiciones de la transferencia. El mencionado pretendía la homologación de efectos retribuidos, “de suerte que la homologación sólo podrá consistir en aplicar al personal integrado las retribuciones del Convenio Colectivo si las de origen fueran iguales o inferiores y conservarlas en caso de ser superiores absorbiendo incrementos futuros”. La anterior circunstancia permite rechazar las pretensiones de los trabajadores.

B) Sucesión de empresas de economía social

La presencia de alguna de las modalidades de las conocidas como empresas de economía social en los procesos de transmisión y continuidad de actividades productivas requiere un tratamiento diferenciado al que ya hemos hecho referencia en crónicas anteriores. La **STS de 19 de julio de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 1765, reitera la doctrina unificadora de la Sala Cuarta, desestimando la oportunidad de exigir a una sociedad anónima laboral en la que se integran como titulares los trabajadores de una sociedad anónima en crisis, las deudas contraídas por esta última con la Tesorería General de la Seguridad Social. Desde una interpretación finalista, las previsiones en materia de subrogación empresarial pretenden defender la posición de los trabajadores frente a situaciones de cambio de empresario, manteniendo por esta vía los derechos de quienes se ven sometidos a un cambio de empresario. Por ello, el régimen jurídico previsto en el art. 44 ET no debe aplicarse en los supuestos estudiados por más que ambas sociedades poseen idéntica actividad, objeto social, domicilio, medios de producción, trabajadores y apoderado:

“cuando se aprecia un conjunto coordinado de acciones de los trabajadores afectados por el cese de la empresa para lanzar un nuevo proyecto empresarial utilizando algunos elementos patrimoniales y relaciones comerciales del anterior empleador, pero también asumiendo un nuevo riesgo empresarial y aplicando a ese nuevo proyecto el importe capita-

lizado de las prestaciones de desempleo, esta actuación no sólo es en principio lícita, sino merece la protección del ordenamiento jurídico laboral”.

C) Subrogación empresarial prevista en convenio colectivo

Cuando la ausencia de alguno de los requisitos previstos en el art. 44 ET impide la eficacia de los efectos subrogatorios contenidos en el mismo, la subrogación empresarial puede producirse en cumplimiento del convenio colectivo aplicable. Supuesto paradigmático, entre los convenios colectivos que prevén disposiciones en esta materia, es el de empresas de limpieza que, al término de la concesión de una contrata, prescribe el paso de los trabajadores de la empresa saliente con una nueva antigüedad mínima de tres meses a la nueva titular de la contrata de limpieza. La **STSJ de Andalucía de 4 de julio de 2002**, I.L. J 2267, defiende la aplicación de tales previsiones al conjunto de los trabajadores de la empresa sin que quepa distinguir en atención a la modalidad contractual. La sentencia argumenta que:

“(…) dicha obligación de la nueva adjudicataria del servicio le viene impuesta por el convenio colectivo provincial de aplicación, que por otro lado no establece más limitación que la de que el trabajador lleve más de tres meses en la empresa, sin efectuar distingo alguno en su condición de fijo o temporal (...)”.

Por otra parte, y aunque el tribunal no entra a discutir la licitud de una cláusula negocial que pudiera establecer tales diferencias entre trabajadores fijos y temporales, con toda probabilidad tales diferencias contravendrían el principio de igualdad de tratamiento previsto por la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al acuerdo marco sobre el contrato de duración determinada y en el art. 15.6 ET.

D) Consentimiento de los trabajadores en supuestos de subrogación contractual

En anteriores ocasiones hemos hecho sucesivas referencias al problema que se plantea cuando la sucesión empresarial se produce en el marco de los acuerdos de liberalización del transporte aéreo. En tales supuestos, la jurisprudencia rechaza la aplicación del art. 44 ET, invocando en su lugar lo preceptuado por los arts. 1205 y 1257 del Código Civil, norma que permite reconocer individualmente a los trabajadores afectados por la transmisión empresarial el derecho a decidir su pase a la nueva empresa o su permanencia en la empresa originaria, consentimiento del trabajador que no podrá ser sustituido por lo dispuesto en un acuerdo colectivo. En este sentido se pronuncian las **SSTS de 18 de septiembre y 7 de noviembre de 2002**, u.d., I.L. J 1805 y 2026.

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. 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. Contratos a tiempo parcial y fijo discontinuo. 5. Contratos formativos. 6. Contratación en la Administración Pública.** A) Requisitos de acceso.

B) Irregularidades en la contratación laboral.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período analizado, debe destacarse por su importancia la STS de 23 de octubre de 2002, ud., I.L. J 2001, que resuelve un supuesto de tratamiento retributivo desigual de trabajadores fijos y temporales, estableciendo que, a partir de la reforma de 2001, no cabe duda de que es el principio de igualdad el que debe inspirar y fundamentar la resolución de aquellos conflictos.

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

Tres son las resoluciones a destacar en este período en relación con el pacto de prueba y su régimen jurídico. En primer lugar, ha de ser reseñada la STSJ de Andalucía, Málaga, de 24 de mayo de 2002, I.L. J 1741, que viene a abordar la cuestión del alcance de las previsiones convencionales en la regulación del período de prueba. El tema, concretamente, se centra en determinar la significación del requisito previsto en el convenio colectivo respecto de la necesidad de que el desistimiento de las partes durante el período de prueba sea comunicado por escrito. Pues bien, señala la sentencia citada que:

“para rescindir el contrato de trabajo durante el período de prueba no se precisa en absoluto ninguna formalidad ni comunicación escrita u otra exigencia ni tampoco especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente

subjetiva de quien la adopta (...), (así pues) tampoco puede entenderse la exigencia convencional de comunicar el desistimiento por escrito como requisito de forma que vicie la decisión extintiva de nulidad o improcedencia pues el precepto convencional no lo establece así ni dispone ese efecto o consecuencia jurídica sino sólo como una obligación de las partes cuyo incumplimiento no acarrea el indicado efecto”.

En segundo lugar, resulta de especial interés la **STSJ de Valencia de 6 de febrero de 2002**, I.L. J 2052, que resuelve la cuestión de la peculiar regulación del período de prueba de un trabajador discapacitado en cuyo contrato se establece un período de adaptación, que a su vez tendrá el carácter de período de prueba, de seis meses, dándose la circunstancia de que ese período es establecido “por un equipo integrado por la gerente de la empresa, la psicóloga y un monitor, tras examinar al demandante”. El trabajador es contratado al amparo del Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio; norma, que en su art. 10.2 reconoce la posibilidad de regulación de ese período de adaptación-prueba por un máximo de seis meses, pero reseñando que las condiciones de ese especial período de adaptación-prueba de los trabajadores discapacitados deberían establecerse por un “Equipo Multiprofesional”, tras el examen realizado al trabajador discapacitado. Desde luego, el cumplimiento de esta condición es fundamental para que el pacto probatorio sea fijado adecuadamente. Por ello, en caso de que no se cumpla con el requisito legal, deberá entenderse aplicable lo previsto en general por el art. 14 del ET en relación con la duración del período de prueba. De acuerdo con ello, considera el TSJ de Valencia que:

“(…) es el equipo multiprofesional el que debe determinar la necesidad de establecer el período de adaptación al que puede ser sometido el trabajador disminuido y las condiciones que deben regir el mismo. Y este equipo multiprofesional no es cualquiera de los decididos por la empresa, sino las Unidades de Valoración tal y como se señala en la Disposición Transitoria Única del reglamento tantas veces citado. Lo que viene a corroborar su art. 5 al disponer que un ejemplar del contrato se remitirá por la Oficina del empleo al equipo multiprofesional correspondiente. De donde cabe deducir que los mencionados equipos son unidades ajenas a la empresa y no pueden ser sustituidas por órganos de creación de ésta, como al parecer se ha pretendido en el presente caso”.

Así pues, el pacto de prueba establecido en el contrato del trabajador discapacitado no se considera lícito en modo alguno y se declara la improcedencia del despido del mismo, dado que, al no alcanzar la empresa el número de veinticinco trabajadores y no ser el trabajador en cuestión técnico titulado, aquél se ha de considerar de tres meses por aplicación de la norma estatutaria.

Finalmente, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de marzo de 2002**, I.L. J 2227, reconoce que se ajusta a derecho el contrato eventual pactado por tres meses concertándose un período de prueba de dos:

“sólo consta la concertación de un contrato temporal de la concertación de un contrato temporal por tres meses en el que se estipuló un período de prueba ascendente a dos

IV. Modalidades de Contratación

meses, todo ello dentro de lo permitido por la norma sectorial y el art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, (...) sin que en hecho de que el período fuese de dos meses y el contrato de tres implique abuso de derecho (...).”

3. CONTRATACIÓN TEMPORAL

A) Supuestos

a) Contrato para obra o servicio determinado

Las sentencias a destacar en relación con esta modalidad contractual coinciden en el planteamiento ya conocido de la adecuación de la misma a diversos supuestos de temporalidad. Concretamente, en primer lugar, la **STSJ de Madrid de 21 de junio de 2002**, I.L. J 1636, viene a determinar que es ésta la modalidad contractual temporal adecuada para cubrir la acumulación de tareas producida por la apertura de un nuevo centro de trabajo:

“(...) la acumulación de tareas o exceso de pedidos no se generó en el quehacer común de la empresa, sino como consecuencia y ocasión de la apertura de un nuevo centro de trabajo en razón a lo cual la vía adecuada a utilizar hubiera sido la modalidad temporal del contrato para obra o servicio determinado”.

En sentido contrario a esta conclusión, la **STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2002**, I.L. J 2347, señala que cuando:

“(...) el propósito de la empresa ha sido atender a las necesidades de la puesta en el mercado de una nueva línea de productos (...), este esquema no se corresponde en modo alguno con el contrato por obra o servicio determinado, sino que se asemeja al contrato de lanzamiento de nueva actividad el que se justificaba la temporalidad (...). Ahora bien, esa modalidad de contrato temporal fue suprimida en la reforma laboral de 1997 y no es posible su recuperación bajo el disfraz de contrato de obra o servicio determinado, pues como se ha señalado, la apertura de nuevas líneas de producción no puede constituir nunca una obra o servicio determinado, pues se efectúa con vocación de permanencia y no como una actividad que necesariamente deba concluir por su total realización”.

De otra parte, la **STSJ de Navarra de 11 de septiembre de 2002**, I.L. J 2150, considera que se ajusta perfectamente a la causa temporal del contrato por obra o servicio el supuesto de una delineante contratada por medio de esta modalidad para prestar labores de delineación y diseño de redes para la construcción de infraestructura de Telecomunicaciones para un proyecto de obra civil:

“(...) la labor del delineante es propia y específica dentro de la obra civil (... por lo tanto) estando perfectamente identificado el objeto del contrato temporal, el cese o fin de obra debe considerarse justificado”.

En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía de 16 de mayo de 2002**, I.L. J 2247, viene a determinar la adecuación del contrato por obra o servicio para dar cobertura a la tarea de “mantenimiento integral del Parque Isla Mágica de Sevilla”. De acuerdo con ello, se considera ajustada a derecho la resolución contractual producida a partir de la reducción progresiva de esta actividad por conclusión de la temporada. Y ello, al margen de que el trabajador fuese contratado con la categoría profesional de encargado, dado que:

“(…) la realización de la obra permite ceses paulatinos según vaya siendo necesario el personal contratado, pudiendo efectuarse lo pendiente por los más antiguos que permanecen, lo que puede afectar incluso al encargado cuando no es el único”.

En relación con la celebración de un contrato por obra por parte del Instituto Nacional de Estadística con una trabajadora para la realización de los “censos demográficos cuatrianuales, la **STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2002**, I.L. J 2401, sostiene la adecuación causal del contrato, dado que:

“los censos demográficos cuatrianuales no constituyen una actividad ‘habitual y ordinaria’ del Instituto demandado y sí un servicio con la ‘autonomía’ y ‘sustantividad’ que se deriva de la periodicidad de su desarrollo”.

Finalmente, también considera ajustada a derecho la **STSJ de Asturias de 31 de octubre de 2002**, I.L. J 2382, la contratación de una profesora mediante esta modalidad contractual cuando la justificación se centra “en el hecho de que la Consejería de Educación concedió al Centro siete aulas destinadas al ciclo de Primaria, y ello creó la necesidad de contratar un profesor” que se contrata como profesor de apoyo hasta la finalización del curso.

b) Contrato eventual por circunstancias de la producción

Respecto del contrato eventual las resoluciones más interesantes en el período analizado se refieren, en primer término, a la siempre recurrente cuestión de la justificación causal del contrato temporal y, en segundo lugar, a la duración del contrato en relación con las posibilidades de la negociación colectiva respecto de la regulación de la misma.

Respecto de la primera cuestión, la **STSJ de Extremadura de 3 de julio de 2002**, I.L. J 1816, aborda el tema de la legalidad de la prórroga de un contrato eventual cuando la causa alegada para justificar la pervivencia de la necesidad temporal de mano de obra no queda justificada. Concretamente, el contrato se formaliza por los tres meses de verano para la instalación de aparatos de aire acondicionado; e, inicialmente esta causa se admite como justificación de la temporalidad por “la acumulación de tareas que se produjo en los meses estivales por la mayor demanda estacional de aparatos de aire acondicionado”. Sin embargo, lo que no entiende el Tribunal justificado es:

“(…) la prórroga del contrato por otro tres meses más, los de septiembre, octubre y noviembre, durante los que no se acredita que existiere acumulación de tareas alguna, pues

IV. Modalidades de Contratación

no se deduce tal circunstancia del relato fáctico de la sentencia, ni puede suponerse que se produjera (...).

Así, desaparecida la causa de temporalidad, se entiende que la prórroga se ha formalizado en fraude de ley y el contrato se convierte en indefinido.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de mayo de 2002**, I.L. J 2249, por otra parte, viene a considerar que la suscripción de un contrato eventual en el que como causa se transcriben las menciones de la modalidad prevista legalmente, sin más detalle que la conclusión “aumento de la demanda”, implica la falta del cumplimiento de la exigencia de identificación causal.

Finalmente, la **STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 1964, en relación con la justificación de la eventualidad por la acumulación de tareas viene a señalar, siguiendo la jurisprudencia del TS, que:

“(...) los organismos públicos pueden celebrar contratos de eventualidad, cuando su plantilla resulta insuficiente para atender su actividad ordinaria o, siendo suficiente, exista un déficit de cobertura, entendiendo que tales supuestos encajan en el supuesto propio de acumulación”.

Respecto del segundo de los temas resueltos, dos son las sentencias que abordan la cuestión de la duración del contrato eventual pactada en convenio colectivo. De una parte, la **STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2002**, I.L. J 1861, resuelve que se ajusta perfectamente a derecho, concretamente a la regulación especificada por el art. 15.1.b) ET, la ampliación de la duración del contrato eventual a trece meses y medio dentro de un período de dieciocho meses, sin que quepa entender que rige el plazo máximo legal de seis meses en un período de doce, existiendo un convenio colectivo –Convenio Colectivo Sectorial para la Industria Siderometalúrgica de Álava 2000-2003– que amplía de acuerdo con la norma estatutaria la duración de esta modalidad contractual.

En el mismo sentido, la **STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2002**, I.L. J 1862, determina la aplicabilidad de la cláusula convencional que amplía la duración del contrato eventual. Ahora bien, a diferencia de la anterior, lo que se cuestiona en esta resolución es la propia aplicación del convenio sectorial provincial que amplía el plazo del contrato eventual por ser de eficacia limitada. Para el Tribunal, que asume la doctrina jurisprudencial en la cuestión:

“A este respecto ha de decirse lo siguiente: 1º La trabajadora firma un contrato (...) en el cual se especifica que el convenio de aplicación a las relaciones contractuales es el de la empresa y como norma supletoria el de Siderometalúrgica; (...) 3º El convenio de empresa en su art. 13 establece que el plazo de máximo de contratación eventual será el establecido en el Convenio Provincial para la industria Siderometalúrgica de Álava, sin que se especifique si el Convenio ha de ser de eficacia limitada a los afiliados o con eficacia *erga omnes* (...)”

De este modo, asume la resolución que ha de permitirse la contratación eventual por el tiempo reseñado convencionalmente y no con el límite estatutario.

c) Contrato de interinidad

En relación con los contratos de interinidad por sustitución, la **STS de 26 de septiembre de 2002** (recurso 143/2002) resuelve la cuestión de los cambios en la causa de la sustitución, apuntando que en el caso de una sustitución de un trabajador en excedencia por cuidado de hijo, que con posterioridad pasa a una excedencia voluntaria, el cese del interino no constituye despido, sino extinción del contrato por la no reincorporación del empleado sustituido. Esta misma solución aparece cuando el trabajador sustituido es declarado en situación de incapacidad permanente total, extinguiéndose su contrato. Lo que tiene como efecto la extinción del contrato del interino, pero no el despido (**SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 y 28 de mayo de 2002**, I.L. J 2248 y 2256).

Obviamente, este efecto extintivo puede quedar anulado si como ocurría en el supuesto resuelto por la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de julio de 2002**, I.L. J 2279, en las cláusulas del contrato se establecía que la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo y la declaración de vacante, otorgaba derecho a la formalización por las trabajadoras de un contrato de interinidad por vacante.

En cuanto a los efectos de los retrasos en el cese del interino, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de febrero de 2002**, I.L. J 2204, aplica la conocida tesis que matiza los efectos de estas dilaciones cuando se trata de contrataciones realizadas en la Administración pública, señalando que no cabe proclamar incondicionalmente la conversión en indefinidos de contratos temporales prorrogados tácitamente.

Sin embargo, ya en relación con supuestos de interinidad por vacante, cuando pese a la comunicación del cese al interino por haberse cubierto la plaza en propiedad, éste continúa desarrollando sus funciones, el contrato debe reputarse indefinido (**STSJ de Madrid de 13 de septiembre de 2002**, I.L. J 2333).

El resto de pronunciamientos en relación con supuestos de interinidad por vacante abundan en doctrina ya conocida. Así en cuanto a la duración de estos contratos, la **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 19 de abril de 2002**, I.L. J 2241, precisa que el contrato finaliza cuando acaba el proceso de selección o de promoción para la cobertura de la vacante, pero no se prolonga hasta el momento en que la plaza se ocupe definitivamente.

En segundo lugar, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de febrero de 2002**, I.L. J 2205, resuelve la cuestión de si en los supuestos de extinción por amortización de la plaza cabría la posibilidad de una indemnización por la vía del art. 52.c). El Tribunal desestima esta pretensión argumentando que “la amortización pone fin al contrato temporal de interinidad por la propia naturaleza de éste y no por causa objetiva sobrevenida con posterioridad a la que se refieren los citados arts. 52 y 53, por lo que la indemnización cuestionada es por sí misma improcedente”.

B) Reglas generales

a) Condiciones laborales de los trabajadores temporales

Se centran las resoluciones estudiadas en esta materia en las diferencias de trato en materia laboral entre trabajadores contratados por tiempo indefinido y trabajadores temporales. En primer lugar, la **STSJ del País Vasco de 25 de junio de 2002**, I.L. J 1688, resuelve un tema relacionado con la falta de reconocimiento al personal laboral eventual de la sociedad estatal Correos y Telégrafos de la paga de resultados y de los incentivos de actividad y centro que se reconocen y abonan única y exclusivamente al personal funcionario y al personal laboral fijo. Para el Tribunal:

“(…) al personal laboral eventual le corresponde percibir la paga de resultados y el incentivo de actividad y centro, al igual que al personal funcional y al laboral fijo, pues en caso contrario se infringiría el principio de no discriminación, ya que el personal contribuye en igual medida y cantidad a la actividad de la que depende el devengo de las cantidades reclamadas, y no existe factor alguno con amparo legal que autorice a la parte empleadora a introducir distingos por razón de la naturaleza del contrato de trabajo”.

En el mismo sentido y para el mismo supuesto de diferencias salariales en lo que a la paga de resultados se refiere en Correos y Telégrafos, la **STSJ de Cataluña de 10 de octubre de 2002**, I.L. J 2399, viene a resolver con claridad que:

“(…) la temporalidad de un contrato no puede tener la consideración de justificación objetiva y razonable para que a trabajo igual no se pague un salario igual (...), de tal manera que no se puede privar a los trabajadores temporales del derecho a percibir las mismas retribuciones que los trabajadores fijos que desempeñan los mismos puestos sin conculcar el principio de igualdad de trato en materia retributiva (...), resultando contrario al principio de igualdad, e incluso discriminatorio, aplicar a los contratos temporales, por esta sola causa, un régimen jurídico y económico diferenciado (...).”

La **STSJ de Andalucía, Málaga, de 26 de julio de 2002**, I.L. J 2272, sin embargo, no reconoce a los trabajadores temporales de Correos y Telégrafos el complemento de antigüedad asignado por convenio exclusivamente al personal fijo. Según señala la sentencia:

“(…) debe entenderse que el precepto convencional (art. 86 del Convenio) limita expresamente la percepción de los trienios a quienes tienen la condición de personal fijo, lo que interpretado *contrario sensu* supone la exclusión de los que han sido contratados por tiempo determinado, lo que está de acuerdo con la naturaleza del complemento retributivo de premiar la vinculación por relación laboral fija con la empresa (...).”

En este sentido, resulta muy significativa la publicación en este mismo período de la **STS de 23 de octubre de 2002**, u.d., I.L. J 2001, que viene a casar y anular una sentencia de idéntica conclusión a la citada en último lugar (STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2001), señalando que, de acuerdo con la reciente STS de 7 de octubre de 2002, se debe tomar en consideración:

“(…) tanto lo dispuesto en la Directiva 1999/70/CEE del Consejo, de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración indefinida como en el art. 15.6 del Estatuto de los Trabajadores (...), para precisar que, aun no aplicables tales preceptos a la situación contemplada en aquella sentencia ni en ésta por razones temporales, había que tenerlos en cuenta a la hora de interpretar los preceptos de cualquier Convenio anterior a la hora de resolver los problemas concretos de aplicación de lo dispuesto en ellos a situaciones anteriores, en 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”.

De hecho, como ejemplo de la aplicación precisamente de la tendencia favorecedora de la igualdad de la reforma de 2001 y siguiendo la conocida jurisprudencia en la materia, la **STSJ de Aragón de 1 de julio de 2002**, I.L. J 1694, reconoce a una trabajadora a la que le fue reconocida el carácter indefinido de su relación laboral el derecho al cómputo de todo el tiempo de relación contractual de trabajo sin solución de continuidad, señalando también que:

“Además, la restricción a los trabajadores fijos del complemento de antigüedad no está justificada por la finalidad típica de ese concepto retributivo (la presumible mayor destreza adquirida por la experiencia en el trabajo).”

Desde esta misma perspectiva, e incluyendo una clara referencia a la necesidad de “cambiar de criterio en atención a la reforma operada por el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores”, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 2303, reconoce el pago del plus de antigüedad a todos los trabajadores –fijos y temporales– matizando que, aunque lo cierto es que la Ley 12/2001 no resultaba aplicable al supuesto:

“(…) sin embargo entendemos que los criterios igualitarios legalmente proclamados en el nuevo art. 15 del Estatuto de los Trabajadores son aplicables a las controversias judiciales examinadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 12/2001, habida cuenta del tenor literal de su texto (...), y a que en el fondo lo que hace la repetida reforma de la Ley 12/2001, es simplemente terminar con la polémica jurisprudencial acerca de tal cuestión, que generó criterios contradictorios, ‘legalizando’ el principio de igualdad en la retribución, con independencia del carácter de fijo, indefinido o temporal de la relación, y ello con carácter de derecho mínimo necesario”.

En definitiva, parece que la tendencia en materia de reconocimiento de derechos a los trabajadores temporales comienza a consolidarse en el sentido de apostar por la aplicación del criterio hoy reconocido por el ET sin duda alguna de igualdad de los mismos con los trabajadores fijos.

Finalmente, debe destacarse también la **STSJ de Cantabria de 18 de julio de 2002**, I.L. J 2090, que reconoce el derecho de un grupo de profesores de religión que prestan servicios en un centro público a la equiparación retributiva total con el profesorado interi-

IV. Modalidades de Contratación

no, entendiendo que la nueva regulación que desde 1999 rige en esta materia, y que establece un progresivo proceso de equiparación, no les es aplicable por habérseles reconocido en resolución judicial este derecho.

b) Conversión en contratos indefinidos

En relación con la transformación en indefinidos de los contratos temporales, las resoluciones estudiadas en el presente período se refieren a la sucesión de contratos temporales en fraude de ley.

Así, la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 29 de julio de 2002**, I.L. J 1815, declara el carácter indefinido de la relación laboral de varios trabajadores cuya vinculación con la empresa se articula a través de diferentes contratos por obra o servicio y un último contrato de interinidad por vacante que se da por finalizado por “supresión del puesto de trabajo”. El Tribunal declara el carácter indefinido de la relación al considerar que los sucesivos contratos por obra pactados en primer lugar se celebraron en fraude de ley lo que “determinaría que los contratos estipulados con posterioridad, incluso de interinidad, resultarían ineficaces porque ya la relación de trabajo era por tiempo indefinido conforme a la ley”. Sin embargo, aun así, señala la sentencia en relación con la causa alegada para la finalización del contrato de interinidad que:

“la supresión de un puesto de trabajo requiere de la previa modificación de la correspondiente relación de puestos de trabajo en la forma y con los requisitos establecidos y debe ser acordada por quien tiene atribuida la competencia para ello”.

En segundo lugar, debe destacarse la **STSJ de Madrid de 28 de junio de 2002**, I.L. J 1638, que también en relación con un supuesto de sucesión contractual viene a determinar que:

“(…) la declaración de fraude en cualquiera de los contratos analizados en una serie contractual determina la existencia de relación laboral indefinida a parte del mismo, quedando ‘contaminados’ los contratos siguientes de la cadena, aun cuando, en sí mismos considerados, no adolecieran de defecto alguno. Ello se debe a la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, pues es doctrina reiterada que una vez adquirida por el trabajador la condición de fijeza o el carácter indefinido de su relación laboral, no puede luego modificarse válidamente esta condición o carácter aceptando la suscripción de un nuevo contrato temporal (...)”.

La **STSJ de Extremadura de 3 de julio de 2002**, I.L. J 1816, por otra parte, considera también que se convierte en indefinido el contrato de trabajo eventual si, tras la desaparición de la causa de temporalidad que lo justificaba, éste se prorroga sin quedar acreditada la necesidad temporal de mano de obra.

En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de enero de 2002**, I.L. J 2202, declara el carácter indefinido de la relación laboral que vinculó a un trabajador a la empresa por medio de:

“(…) dos contratos de trabajo con solución de continuidad entre ellos inferior a veinte días hábiles y sin que el objeto del segundo tuviese autonomía o sustantividad propias que permitiesen la modalidad para obra determinada que se denominó (...), y el finiquito que le siguió no puede reputarse como tal porque está basado en la causa torpe de una temporalidad inexistente (...)”.

Finalmente, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de junio de 2002**, I.L. J 2257, en sentido contrario a las anteriores, viene a desestimar el carácter indefinido de la relación laboral de un trabajador vinculado al Ayuntamiento a través de dos contratos, uno eventual y un segundo por obra o servicio determinado, al considerar que:

“... no es posible eliminar la desconexión contractual que se produce por el transcurso de los veinte días hábiles que para impugnar el despido establece el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, (...), el contrato para obra determinada del actor no se convirtió en indefinido, lo que además no se podía producir incondicionalmente, pues las indefiniciones por irregularidad en las Administraciones Públicas obligan a éstas a la adopción de las medidas necesarias para la provisión regular del puesto y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato, conforme a jurisprudencia consolidada (...)”.

c) Tratamiento de la extinción contractual

Al margen de la **STS de 30 de septiembre de 2002**, u.d., I.L. J 1914, de alcance procesal, varias resoluciones se ocupan del tratamiento de la extinción contractual.

En primer lugar, la **STSJ de Asturias de 6 de septiembre de 2002**, I.L. J 2111, reconoce que se ajusta a derecho la extinción del contrato de trabajo indefinido, no fijo de plantilla, celebrado entre una trabajadora y la Administración Pública cuando se acredita la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo ocupado por la actora. Recuerda la resolución la jurisprudencia consolidada (STS de 20 de enero de 1998) sobre:

“(…) el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que éste no esté sometido, directa o indirectamente, a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide, sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza de plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre elección de personal fijo en las Administraciones Públicas”.

En segundo lugar, dos resoluciones recuerdan la cuestión de la inexistencia de valor liberatorio del finiquito cuando la resolución contractual no se ajusta a derecho. Así, las **SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de enero de 2002**, I.L. J 2202, y **de 16 de mayo de 2002**, I.L. J 2249, vienen a declarar en sendos supuestos de temporalidad inexistente que:

“el finiquito (...) no puede reputarse como tal porque está basado en la causa torpe de una temporalidad inexistente (...), que, además el aludido documento no incorpora la

IV. Modalidades de Contratación

voluntad del accionante de extinguir su relación, ni mutuo acuerdo sobre esa extinción ni transacción en la que se acepte el cese previamente acordado por la empresa, dado que no lo es la consignación en ese escrito de quedar resuelta la relación, porque ello es una mera manifestación de efecto pero no una exteriorización de voluntad resolutoria (...)."

Finalmente, la **STSJ de Extremadura de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2423, viene a referirse a un supuesto de extinción contractual del contrato por obra o servicio determinado, reseñando que ésta resulta adecuada cuando "se pactó que la duración del contrato sería hasta que finalicen los trabajos propios de su especialidad en la obra identificada".

4. CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL Y CONTRATO FIJO DISCONTINUO

De entrada, debe reseñarse la **STS de 11 de noviembre de 2002**, I.L. J 2029, en el que se resuelve un recurso por la reclamación de un trabajador fijo discontinuo del reconocimiento de su antigüedad en la empresa. El Tribunal estima la pretensión del trabajador a sumar a su antigüedad el tiempo de servicios prestado con anterioridad a que se le reconociera formalmente su carácter fijo discontinuo.

En otros casos, como el de la **STSJ de Andalucía, Granada, de 9 de julio de 2002**, I.L. J 1795, se dilucida que ante el carácter cíclico de las labores en la empresa, éstas no pueden ser atendidas mediante contratos eventuales. El Tribunal estima el carácter fijo discontinuo de la contratación, prescindiendo para ello de diversos finiquitos firmados por el trabajador y otorgándoles mero valor liquidatorio.

Además, conviene destacar diversos pronunciamientos que estimando fraude en las contrataciones temporales realizadas para cubrir necesidades de trabajo de carácter cíclico y periódico estiman que el contrato es fijo discontinuo. Pero como quiera que este tipo de contrataciones se han realizado en el ámbito de la Administración Pública, aplican la doctrina jurisprudencial de estimar que la relación es indefinida, pero de carácter discontinuo (**SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 18 de junio de 2002**, I.L. J 1619, y de **Andalucía, Sevilla, de 18 de enero de 2002**, I.L. J 2196).

5. CONTRATOS FORMATIVOS

En este terreno, nuevamente un pronunciamiento se ocupa del fraude en la utilización en entidades bancarias del contrato en prácticas para realizar trabajos administrativos que no se corresponden con la titulación del trabajador. Concretamente, en la **STSJ de Murcia de 15 de julio de 2002**, I.L. J 1850, se insiste en que:

"el contrato de trabajo en prácticas tiene como único objeto la adquisición por el trabajador de los conocimientos prácticos necesarios para el ejercicio de una profesión cuya titulación ostenta para completar de esta forma los conocimientos teóricos ya adquiridos durante el período de enseñanza y esta especial finalidad es la que justifica la duración temporal de este tipo de contratos contra el criterio general de duración indefinida que rige en nuestro ordenamiento laboral".

6. CONTRATACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A) Requisitos de acceso

La STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2002, I.L. J 2373, dilucida la existencia de una relación laboral tácitamente consentida por la Conserjería de Educación de la Comunidad Autónoma en cuanto a la prestación de servicios en un comedor escolar. En su argumentación el tribunal descarta que el incumplimiento de los trámites administrativos para garantizar los principios de mérito y capacidad puedan invalidar el carácter laboral de la relación.

B) Irregularidades en la contratación

En relación con la figura del contratado indefinido, pero no fijo de plantilla, algunas sentencias se ocupan de diversas vicisitudes en relación con este tipo de contrato. En primer lugar, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de abril del 2002, I.L. J 2233, aplica la doctrina de que la contratación temporal fraudulenta en el ámbito de la Administración pública comporta la consideración de la relación como indefinida pero no fija de plantilla, pero precisa que sólo hasta la cobertura de la plaza. Lo que, en consecuencia, de un lado, obliga a la Administración a la adopción de las medidas necesarias para la provisión regular del puesto (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de junio de 2002, I.L. J 2257). Y de otro lado, determina la extinción del contrato indefinido sin fijeza de plantilla cuando se produzca la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo (STSJ de Asturias de 6 de septiembre de 2002, I.L. J 2111).

También tiene cierto interés la STSJ de Galicia de 26 de octubre de 2002, I.L. J 2442, por cuanto examina las similitudes entre la figura del indefinido no fijo y el contrato de interinidad por vacante en la Administración pública. La cuestión de la litis se suscita por la alegación de incongruencia del pronunciamiento de instancia respecto a la petición de la parte, que había solicitado la declaración de la relación laboral como indefinida ante las sucesivas contrataciones temporales fraudulentas. La sentencia de instancia había declarado que el trabajador tenía derecho a una interinidad por vacante. El Tribunal desestima la petición de incongruencia atendiendo al hecho de que “los efectos de extinción del contrato de interinidad por vacante y la relación indefinida se extinguen por unas mismas causas legales: la cobertura y la amortización reglamentarias de la plaza”.

Por último, debe reseñarse la STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 2002, I.L. J 1934, que estima que la extinción del contrato de una trabajadora indefinida no fija de plantilla por la vía del despido objetivo resultaba procedente, por cuanto la plaza se había cubierto reglamentariamente y no resultaban admisibles en ese momento las alegaciones de la trabajadora en cuanto a que no pudo concurrir por estar en situación de maternidad.

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
MARÍA AMPARO GARCÍA RUBIO
LUIS ENRIQUE NORES TORRES

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER
MARÍA AMPARO ESTEVE SEGARRA

V. DINÁMICA DE LA RELACIÓN LABORAL**Sumario:**

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

a) Antigüedad. Cabe su congelación a cambio de transformar la relación laboral fija discontinua por indefinida a tiempo completo. b) Plus de nocturnidad. Compensación con retribución voluntaria y global. c) Plus de nocturnidad. Complemento de nocturnidad parcial.

d) El *bonus* es una retribución independiente del salario y ligada a la productividad.

e) Retribución excepcional por cumplimiento de objetivo. Para causar derecho el trabajador ha de permanecer en la empresa hasta la fecha estipulada. f) El valor liberatorio del finiquito no alcanza al incremento salarial pactado, con eficacia retroactiva, en ulterior convenio colectivo. g) Detracción salarial indebida por el empresario. h) Empresa de autobuses. Remuneración por las actividades de “toma” y “deje” del servicio. Límites.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación. a) Efecto directo del artículo 141 CE, apartado 1º. Comparación del trabajo realizado para distintos empresarios.

b) Diferencias retributivas en función del vínculo contractual. Plus de antigüedad y paga de resultados e incentivo de actividad. c) Diferencias retributivas en función de la fecha de ingreso en la empresa. d) Diferencias retributivas en función de la categoría profesional.

C) Fondo de Garantía Salarial. a) Excepción de prescripción opuesta por el FOGASA, respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario, en el proceso seguido frente a la empresa como obligada directa, y en el que fue citado cumpliendo con el mandato del art. 23.2 LPL: respuesta expresa en el fallo de la sentencia a la excepción planteada por el FOGASA. b) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: es presupuesto necesario que se haya dictado auto de insolvencia en el concreto proceso judicial del que dimana la reclamación del trabajador, aunque tal declaración ya se haya efectuado en un proceso diferente seguido por otros trabajadores contra la misma empresa.

c) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: reclamación salarial por parte de trabajador extranjero sin permiso de trabajo. d) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: no puede responder de objeto distinto o más extenso que el deudor principal. e) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad

de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores. f) Responsabilidad directa: no procede. Extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo. **2. Jornada de trabajo.**

A) Calendario. a) Acordado mediante instrumento colectivo. b) Condición más beneficiosa. Tiempo de bocadillo. c) Inexistencia de obligación de recoger en el mismo el modo de recuperar los días trabajados en concepto de fiestas recuperables. B) Discriminatoria.

C) Horas extraordinarias. a) No existen cuando el convenio marca una jornada anual fija y se ha pactado un horario flexible en la empresa. b) Para su reconocimiento, hay que tener en cuenta los supuestos en que el centro de trabajo es, además, domicilio habitual. Buques.

D) Turnos. a) Obligación de rotación. No existe si no hay cadencia en los turnos.

b) Interpretación flexible a efectos de reconocer derecho a elección de turno, para compatibilizar estudios y prestación de servicios. **3. Pacto de no concurrencia. 4. Clasificación profesional.**

A) Titulación y clasificación profesional. B) Proceso de clasificación profesional e irrecurribilidad de la sentencia. **5. Movilidad funcional.** A) Movilidad ascendente, reconocimiento de categoría y retribución. **6. Movilidad geográfica.** A) Cambio de centro de trabajo. No existe cambio de residencia cuando la distancia entre la anterior y la nueva es de 25 Km. Inexistencia del derecho a la opción por indemnización y cese del contrato.

B) Insalud. Traslado de médica especialista. C) Banco. Cambio de puesto de trabajo, dentro de la misma plaza o en un radio de 25 Km. No se considera traslado ni movilidad geográfica.

7. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. A) Variación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Horario sometido a la aprobación del Ayuntamiento.

B) Nulidad de actuaciones. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inadecuación del procedimiento. Ha de seguirse el trámite previsto en el art. 138 LPL. La opción entre proceso ordinario y cualquiera de las modalidades procesales no es potestativa del accionante. C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Impugnación de la decisión empresarial. Trámite adecuado: proceso de conflicto especial. D) Conflicto colectivo.

Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Calendario de vacaciones.

E) Modificaciones sustanciales de condiciones del contrato. Apreciación de la caducidad. Error de la Administración al señalar el plazo para formular la demanda. Agotamiento de los recursos para el recurso de amparo. F) Despido. Inexistencia. Modificación sustancial en la que opta por extinguir el contrato de trabajo. G) Abono del Plus de festivo, plus noctur-

V. Dinámica de la Relación Laboral

no y diferencias en la cuantía salarial por vacaciones no abonadas durante el período de tramitación del procedimiento de modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo a través de conflicto colectivo. **8. Excedencias.** A) Excedencia voluntaria IMSERSO. B) Excedencia voluntaria: reingreso. Indemnización por retraso. C) Excedencia voluntaria. Reingreso. Indemnización por salarios dejados de percibir. D) Excedencia voluntaria: acciones frente a la negativa empresarial al reingreso.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica analiza las sentencias recogidas en los números 9 a 12 de 2002 de la Revista de Información Laboral-Jurisprudencia (marginales J 1619 a J 2463).

1. SALARIO

A) Definición y composición de la estructura salarial

a) Antigüedad. Cabe su congelación a cambio de transformar la relación laboral fija discontinua por indefinida a tiempo completo

La STSJ de Baleares de 16 de septiembre de 2002, I.L. J 2309, declara la validez del pacto firmado por la empresa y representación de los trabajadores, conforme al cual se transforma la relación de trabajo fijo discontinuo de la trabajadora en otra indefinida a tiempo completo; acuerdo por virtud del cual la trabajadora aceptó, a cambio, que el concepto de antigüedad quedara congelado, convirtiéndose en una mejora voluntaria cotizable. Se fundamenta tal validez en la regulación prevista en los arts. 25.1 y 26.3 ET. En estos preceptos el devengo de la antigüedad se deja a lo que se establezca en Convenio Colectivo o contrato individual de forma que se trata de una percepción salarial potestativa. Además, el Convenio Colectivo del ramo no califica como indisponible el complemento de antigüedad. Entonces, la renuncia es válida y obsta, de conformidad con los arts. 1255 del CC y 3.1.c) ET, que pueda luego reclamar la trabajadora que se tomen en consideración los trabajos que desempeñó para la empresa antes de adquirir la cualidad de fija de plantilla a tiempo completo a fines de consolidar nuevos trienios además del que ya tenía consolidado en ese momento.

b) Plus de nocturnidad. Compensación con retribución voluntaria y global

La exigencia contenida en el art. 36.2 ET —el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva— sólo se dispensa cuando el trabajo sea nocturno por su propia naturaleza o cuando se haya acordado la compensación de este trabajo por descansos. La norma prevé el establecimiento de una retribución por

la negociación colectiva, no haciendo referencia alguna al contrato. Cumplida por la negociación colectiva el mandato legal, nada impide que el contrato pueda regular como condición más beneficiosa una retribución global de los complementos salariales que supere la que procedería aplicar esos complementos en su regulación convencional. En este sentido se pronuncia la **STSJ de Asturias de 6 de septiembre de 2002**, I.L. J 2113, afirmando que con esta práctica se produce una retribución para el trabajo nocturno y el diurno, que respeta el nivel marcado por el convenio para el primero y cumple lo dispuesto en el art. 36.2 ET.

c) Plus de nocturnidad. Complemento de nocturnidad parcial

La controversia planteada consiste en determinar si los trabajadores que desarrollan su trabajo en jornada de 18 a 1 horas tienen derecho a percibir el complemento por nocturnidad parcial. Para resolver esta cuestión se precisa una interpretación entre otros del art. 41.3 del Convenio Colectivo del Ente Público RTV Madrid y sus sociedades “TV Autonomía Madrid, SA” y “Radio Autonomía Madrid, SA”. La **STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2002**, I.L. J 2346, se inclina por el criterio conforme al cual si el complemento de nocturnidad se percibe íntegramente cuando se realiza más del 50 por ciento de la jornada laboral en horario nocturno y durante un mes completo, será parcial cuando se realice menos del 50 por ciento de la jornada laboral en horario nocturno y durante un mes completo. Se añade en la argumentación que tan parcial es cuando se realice más de un 50 por ciento de la jornada laboral en horario nocturno y menos de un mes completo que cuando se trabaje menos del 50 por ciento de la jornada laboral en horario nocturno y durante un mes completo, al estar más conforme con el texto y espíritu del art. 36 ET y el art. 41.3 del citado Convenio Colectivo.

d) El bonus es una retribución independiente del salario y ligada a la productividad

Según reiterado criterio, la retribución conocida por *bonus* es independiente del salario, que la empresa paga a los trabajadores según concurran o no circunstancias excepcionales en el trabajo ligadas a la productividad, y que deja de abonarse si no concurren estas circunstancias. No se devenga automáticamente, sino que debe acreditarse el presupuesto fáctico necesario para su percepción que no es otro sino la superación de objetivos. Sobre el particular la **STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002**, I.L. J 1841, señala que el hecho de que el trabajador percibiese el *bonus* convenido anteriormente no significa que lo tuviese que seguir percibiendo *sine die*, y es reiterada doctrina que debe existir un rendimiento superior al requerido habitualmente, que necesariamente ha de acreditarse por quien reclama su cumplimiento, de acuerdo con la regla contenida en el art. 217 LEC.

e) Retribución excepcional por cumplimiento de objetivo. Para causar derecho el trabajador ha de permanecer en la empresa hasta la fecha estipulada

La retribución excepcional que se devenga por cumplimiento de objetivos ha de interpretarse de conformidad con lo pactado a tal efecto. En este caso, era condición impres-

cindible que el trabajador permaneciera en la empresa hasta el 31 de diciembre de 2000 para ser acreedor a tal cantidad, perdiendo tal beneficio al abandonar voluntariamente la empresa el 28 de julio de 2000 (STSJ de Madrid de 4 de junio de 2002, I.L. J 1624).

f) El valor liberatorio del finiquito no alcanza al incremento salarial pactado, con eficacia retroactiva, en ulterior convenio colectivo

El valor liberatorio del finiquito no alcanza al incremento salarial pactado, con eficacia retroactiva, en ulterior convenio colectivo. A esta conclusión llega la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 30 de julio de 2002**, I.L. J 1808, con fundamento en la STS de 30 de septiembre de 1992 que declara la eficacia retroactiva fijada en convenios colectivos sobre contratos ya extinguidos. Dice el Fundamento Tercero de esta Sentencia:

“El posible derecho de los trabajadores afectados a obtener una cantidad adicional a los salarios que ya habían percibido durante el año 1988 era, en el momento de suscribir el finiquito de que se viene hablando, incierto; no solamente su cuantía, sino su existencia; pues obviamente había la posibilidad de que no existiese desvío en la previsión del incremento del IPC en dicho año —o fuese inferior al previsto— y en tal caso ni habría revisión salarial ni nacería obligación de pago alguno a cargo de la empresa. La obligación de ésta era, por tanto, una obligación sujeta a condición suspensiva porque su nacimiento —y no sólo, repetimos, su liquidación o su importe— quedaba sujeto al hecho futuro e incierto de que existiera desviación al alza del incremento del IPC. Es difícil entender por tanto que al momento de establecerse el finiquito el trabajador estuviere renunciando válidamente a un derecho todavía inexistente —aun— que su eventual nacimiento hubiere de retrotraerse al día primero del año 1988, previsión plenamente coincidente con los efectos de las obligaciones condicionales, según lo que expone el artículo 1120 del Código Civil con lo cual podría romperse el equilibrio que, lógicamente, ha de darse por logrado en los intereses económicos de las partes, antes de acordar el finiquito.

Esta interpretación se refuerza, sin desconocer el carácter liberatorio del saldo y finiquito, si se tiene en cuenta que el Tribunal Central de Trabajo, último grado jurisdiccional en materia de conflictos colectivos antes de la entrada en vigor del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990, había establecido (S. de 15 de julio de 1987) que los efectos retroactivos de los salarios fijados en convenio colectivo no pueden condicionarse a situaciones como puede ser la permanencia de los trabajadores en la empresa. Con más fundamento puede y debe ser aplicado este criterio al supuesto en que la revisión salarial no era siquiera previsible al momento de extinguirse el contrato.”

g) Detracción salarial indebida por el empresario

No se pueden detraer cantidades del salario por voluntad unilateral de la empresa, cualquiera que sea su destino, en una forma determinada por ésta, sin contar con la voluntad de los trabajadores. En este sentido se ha pronunciado la **STSJ de Murcia de 9 de julio de 2002**, I.L. J 1847. En el supuesto, de conformidad con la legislación vigente en el ejercicio de 1999, la empresa optó por regularizar los tipos de retención en el mes de diciembre. De forma unilateral la empresa acordó mantener en las nóminas de dicho mes

el tipo de retención anterior, abonando de su cuenta las diferencias resultantes de la aplicación de los nuevos porcentajes, cantidades que serían detraídas mensualmente a los trabajadores hasta saldar la cantidad total debida.

h) Empresa de autobuses. Remuneración por las actividades de “toma” y “deje” del servicio. Límites

La STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 2342, interpreta el reconocimiento a los trabajadores de una empresa de autobuses de dos horas diarias remuneradas para toma y deje de servicio, derecho concedido por la STSJ de Madrid de 20 de julio de 1993. Se añade en este nuevo fallo que sólo tienen derecho a las dos horas diarias remuneradas cuando realizan la toma del servicio y el deje del servicio, es decir, las dos actividades. Cuando realicen una sola de ellas, se deberá computar una hora.

B) Igualdad de retribución y prohibición de discriminación

a) Efecto directo del artículo 141 CE, apartado 1º. Comparación del trabajo realizado para distintos empresarios

Por la Court of Appeal (England & Wales) se plantea cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 141 CE, apartado 1º. La particularidad del asunto reside en tres características. En primer lugar, las personas cuyas retribuciones se comparan trabajan para empresarios distintos, a saber, por una parte, el Council y, por otra, las empresas demandadas en el procedimiento principal. En segundo lugar, los trabajadores realizan para estas empresas un trabajo idéntico al que algunos de ellos efectuaban para el Council antes de la transmisión de empresa. Por último, este trabajo ha sido reconocido de igual valor que el que realizaban los trabajadores del Council elegidos para la comparación y sigue siéndolo. Pese a todo ello, existe una diferencia retributiva entre los dos grupos de trabajadores.

La STJCE de 17 de septiembre de 2002, I.L. J 2392, señala que en el art. 141 CE, apartado 1º, no hay nada que indique que esta disposición sólo sea aplicable a situaciones en las cuales los hombres y las mujeres trabajen para el mismo empresario. El Tribunal de Justicia ha declarado que el principio establecido por este artículo puede ser invocado ante los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular, en el caso de discriminaciones cuya causa directa sean disposiciones legislativas o convenios colectivos de trabajo, así como en el supuesto de que el trabajo se realice en un mismo establecimiento o servicio, privado o público (véanse, en especial, las Sentencias Defrenne II, apartado 40; de 27 de marzo de 1980, Macarthys, 129/79, Rec. P. 1275, apartado 10, y de 31 de marzo de 1981, Jenkins, 96/80, Rec. P. 911, apartado 17).

Sin embargo, continúa diciendo el Tribunal, cuando, como en el asunto objeto del procedimiento, las diferencias observadas en las condiciones de retribución de trabajadores que realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor no son imputables a una única

causa, falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato. Tal situación no se encuentra comprendida en el art. 141 CE, apartado 1º. El trabajo y la retribución de dichos trabajadores no pueden compararse entonces sobre la base de esta disposición.

b) Diferencias retributivas en función del vínculo contractual. Plus de antigüedad y paga de resultados e incentivo de actividad

Constituye cuestión necesaria de unificación que haya dos sentencias donde se contemple la situación de trabajadores con contrato temporal que reclaman el reconocimiento a su favor del complemento de antigüedad correspondiente, de conformidad con lo previsto en el I Convenio Colectivo para el Personal laboral de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, con el resultado de que mientras la recurrida desestima aquella pretensión, la sentencia de contradicción la reconoce.

El precepto discutido es el art. 86, apartados 1 y 6. Esta norma dice en su apartado 1 que “todos los trabajadores regulados por este Convenio percibirán en concepto de antigüedad trienios, cuya cuantía mensual se refleja en las tablas salariales anexas”, y después de dedicar el apartado segundo a especificar la fecha inicial de devengo y su cuantía máxima, y de contemplar en los siguientes la situación de quienes percibieran trienios antes de 1985 (apartado tercero), de disponer la aplicación de la antigüedad a los contratados a tiempo parcial (apartado cuarto), y a quienes estuvieren realizando con carácter provisional jornadas superiores o inferiores a las que tuvieran asignadas con carácter definitivo (apartado quinto), dice lo siguiente en el apartado sexto: “Prevía solicitud del interesado, se reconocerán los servicios prestados con anterioridad en Correos y Telégrafos, a efectos de trienios, al personal fijo con independencia de la naturaleza contractual de los mismos. Dicho reconocimiento se realizará en proporción a la jornada de trabajo y categoría en la fecha en que el párrafo tercero respecto de la congelación a 31 de diciembre de 1985, y tendrá efectos económicos desde la fecha de reconocimiento”.

La STS de 23 de octubre de 2002, u.d., I.L. J 2001, señala que:

“si nos atenemos a lo que dice literalmente el apartado primero del precepto en cuestión no cabe duda que dentro de sus previsiones deben estimarse incluidos tanto los trabajadores fijos como los temporales, puesto que el Convenio Colectivo no se limita a regular las relaciones de la empresa con los trabajadores fijos sino también la de los temporales como lo acredita que en su art. 3 extienda su aplicación a todo el personal ‘con relación jurídica laboral’, o que en los arts. 26 y 27 dispongan la forma y condiciones en que se han de producir las contrataciones temporales, como es natural y usual por otra parte; por lo tanto, cuando en dicho apartado dispone que ‘todos los trabajadores regulados por este Convenio percibirán en concepto de antigüedad, trienios...’, todo indica que está regulando la posibilidad de que los perciban tanto los trabajadores fijos como los temporales.

Esta previsión tan clara de dicho apartado puede parecer distorsionada por el apartado sexto si se entiende que en él lo que se dispone es la reserva exclusiva del complemento de antigüedad para los trabajadores fijos, pero ni por su contenido gramatical ni por su ubicación

sistemática dentro del precepto parece deducirse que en dicho apartado se haya querido excluir a los trabajadores temporales, y ello porque, aun referido tan sólo a los fijos, lo que realmente está regulando dicho apartado es la forma como se computan los trienios para dicho personal cuando hubiera pertenecido con anterioridad a Correos y Telégrafos para decir que esos trienios se les reconocerán con independencia de la naturaleza del contrato, y en proporción a la jornada y categoría que tuvieran en la fecha en que los hubieran cumplido, y ello dentro de la serie de previsiones particulares que se contienen en los apartados tercero y siguientes del precepto. Por su literalidad y su ubicación dentro del art. 86 del Convenio, lo que debe deducirse de este párrafo sexto es que los negociadores del convenio sólo pensaron en los trabajadores fijos a la hora de regular la aplicación de los trienios para Correos y Telégrafos, porque lo lógico cuando se habla de situaciones más o menos remotas como la prevista en dicho párrafo es partir de que sólo va a afectar a los fijos, puesto que lo más conforme con las previsiones generales del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores es que los temporales tengan una vida efímera; pero del hecho de que para regular aquella situación de transitoriedad contemplada en el apartado 6 del precepto sólo se hiciera referencia a los trabajadores fijos no puede deducirse que la voluntad del precepto sea excluir del beneficio de ese complemento a quienes no tuvieran aquella condición, a la vista de la generalidad sin excepciones que se contiene en la regla primera del mismo”.

Sobre el plus de antigüedad se pronuncia también la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 2303, declarando discriminatorio la exclusión del trabajador temporal de la percepción del complemento salarial.

Constituye criterio reiterado que al personal laboral eventual le corresponde percibir la paga de resultados y el incentivo de actividad y centro, al igual que al personal funcionario y al laboral fijo, pues en caso contrario se infringiría el principio de no discriminación, ya que el personal temporal contribuye en igual medida a la actividad de la que depende el devengo de las cantidades reclamadas, y no existe factor alguno con amparo legal que autorice al empresario a introducir distingos por razón de la naturaleza del contrato de trabajo (**STSJ del País Vasco de 25 de junio de 2002**, I.L. J 1688).

c) Diferencias retributivas en función de la fecha de ingreso en la empresa

Según criterio del Tribunal Supremo, cuando la diferencia retributiva se produce por medio de una condición más beneficiosa de origen contractual establecida tras una subrogación empresarial son válidas tales diferencias en el trato retributivo (**STS de 18 septiembre de 2000**). Conforme a esto, se acomoda a la legalidad los pactos celebrados en 1991 entre la empresa y el Comité de Empresa donde se establece una diferente forma de cálculo del complemento de calidad para los trabajadores en los que la empresa no se hubiera subrogado por haberse iniciado su contrato con posterioridad a la transmisión que dio lugar a la misma y aquellos que sí procedían de una subrogación. Ello es así porque la condición más beneficiosa no se genera en cuerpos normativos sino en acuerdos o decisiones de naturaleza contractual, por lo que no se encuentra vinculada al principio de igualdad (**STSJ de Valencia de 24 enero de 2002**, I.L. J 2043).

No resulta discriminatoria la práctica según la cual sólo perciben el plus de residencia aquellos trabajadores que hayan ingresado en la empresa con anterioridad al 31 de enero de 1996. La justificación objetiva y razonable de este diferente trato es que los trabajadores que comenzaron a prestar servicios antes de la referida fecha ya lo venían percibiendo y se les debían mantener como condición más beneficiosa (**STSJ de Andalucía, Málaga, de 30 de mayo de 2002**, I.L. J 1743). Sobre este particular se han pronunciado las SSTs de 23 de diciembre de 1996 y 7 de julio de 1997.

La controversia jurídica planteada consiste en decidir si es discriminatorio que actualmente algunos trabajadores de “El Corte Inglés” –los contratados antes de 1992– perciban compensación económica por trabajar en festivos y a otros– contratados después de 1992– no se les abone cantidad adicional por ejercer tal actividad. La STSJ de Madrid de 20 de diciembre de 2001 consideró que esta actuación es conforme al principio de igualdad. En idéntico sentido se pronuncia la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 3 de julio de 2002**, I.L. J 1812 con la siguiente argumentación:

“En el supuesto debatido existe una causa objetiva que justifica la diferencia de trato existente entre los contratados con anterioridad a 1992 y los posteriores a esa fecha, cual es que respecto a los primeros en sus contratos no estaba previsto el trabajo en domingos y festivos, por lo que el mismo es voluntario y, en consecuencia retribuido, a diferencia de los trabajadores contratados con posterioridad a esa fecha en que pactaron expresamente el trabajo en domingo y festivos sin ninguna especial compensación económica. El test de razonabilidad del distinto tratamiento de uno y otro grupo radica en que a partir de tal año 1992 se comienza a autorizar con carácter general la apertura de centros comerciales en domingos y festivos y las nuevas contrataciones se realizan atendiendo a este nuevo dato. El hecho de que se compense económicamente al segundo grupo de trabajadores anteriores a 1992, que tenían pactado en el contrato el trabajo en domingos y festivos, puede obedecer a que, a pesar de dicha cláusula, el trabajo en dichos días era algo excepcional, por lo que, al generalizarse a partir de 1992, la empresa les concedió la condición más beneficiosa consistente en la compensación económica por el trabajo en dichos días.”

d) Diferencias retributivas en función de la categoría profesional

La **STSJ de Navarra de 7 de junio de 2002**, I.L. J 1648, considera conforme al principio de igualdad de trato salarial las diferencias retributivas entre el oficial de 1ª, grupo II, y los trabajadores que tienen reconocida la categoría profesional de oficiales de primera en el grupo quinto de clasificación. Ello pese a que se reconoce por Sentencia que los dos colectivos desarrollan el mismo trabajo. El fallo se argumenta en lo siguiente:

“En el presente caso en la diferencia retributiva reclamada no se acredita indicio alguno de que la diferencia de trato se deba a motivos discriminatorios, no parece además que las diferencias salariales abonadas pudieran suponer interferencia en la libertad sindical o pudiera alcanzar niveles vejatorios del trabajador demandante, y finalmente las cantidades diversas abonadas a otros trabajadores, pueden tener multitud de concausas; y se justifican plenamente por estar previstas expresamente en el régimen del art. 41 del convenio del ramo, que sienta el principio de determinación por la empresa del grupo de asignación

dentro de cada categoría profesional, previéndose unas pruebas específicas de aptitud para que los oficiales de mantenimiento y utillaje como el actor, que mediante pruebas objetivas de capacitación, pueden elevar su asignación de grupo; pretendiéndose en realidad eludir con la presente demanda el propio sistema de promoción establecido en el convenio y elaborado por acuerdo entre los trabajadores y la empresa.

En definitiva, la noción de discriminación se refiere principalmente a las circunstancias definidas en el art. 14 de la Constitución Española (raza, sexo, religión u opinión), y en materia salarial no impone un principio absoluto de igualdad salarial, siempre que la desigualdad tenga justificación objetiva y razonable (Sentencias del Tribunal Constitucional 161/1991, 495/1996), destacando la reciente Sentencia 2/1998, de 12 de enero, la necesidad de respetar y reforzar los poderes de dirección del empresario de los que la ordenación del salario constituye un insustituible medio instrumental. Y en una economía competitiva no puede considerarse discriminatoria la especificación del grupo profesional por el empresario que ajustada a derecho responde a motivos socialmente atendibles como garantizar la formación continua de los trabajadores o la exigible emulación entre ellos o mantenimiento de la productividad de la empresa, máxime cuando el sistema de designación de grupo se ha consensuado con los trabajadores y sus principios se incorporan al Convenio Colectivo, sin que se haya impugnado la legalidad del procedimiento mismo de cambio o designación de grupo, que supone una valoración de 'aptitudes, conocimiento y eficacia'. Modelo de evaluación que deduce la sentencia de instancia que existe y ha sido remitido al Comité de empresa por la Dirección."

C) Fondo de Garantía Salarial

- a) Excepción de prescripción opuesta por el FOGASA, respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario, en el proceso seguido frente a la empresa como obligada directa, y en el que fue citado cumpliendo con el mandato del artículo 23.2 LPL: respuesta expresa en el fallo de la sentencia a la excepción planteada por el FOGASA**

Se cuestiona, en el supuesto que resuelve la STS de 22 de octubre de 2002, I.L. J 2451, si el FOGASA tiene o no derecho a alegar la excepción de prescripción respecto de la deuda que los trabajadores reclaman al empresario y a recibir en la sentencia un pronunciamiento expreso sobre ella. Se trata en este caso de un proceso de reclamación de cantidad entablado entre los trabajadores y la empresa como obligada directa, en el que fue citado el Fondo, cumpliendo con el mandato del art. 23.2 LPL, porque la empresa estaba desaparecida.

Para responder a la cuestión planteada, analiza primero el TS la condición jurídica del FOGASA, su posición en el proceso y las facultades que le corresponden en orden a su defensa, para concluir posteriormente, teniendo en cuenta tales datos, que en los casos

del art. 23.2 LPL, aunque el FOGASA es sólo parte formal o procesal, puesto que la titularidad de la única relación jurídico-material discutida en el proceso corresponde en exclusiva al o los trabajadores y al o los empresarios demandados, la doctrina correcta es dar respuesta expresa en el fallo a la excepción planteada por el FOGASA, superándose así la doctrina jurisprudencial anterior, recaída en procedimientos iniciados antes de la reforma introducida por la LPL de 1990 que, por primera vez, confiere al Fondo la cualidad de parte en el proceso, y que había venido manteniendo que en este tipo de procesos no cabe condenar ni absolver al FOGASA.

La Sentencia, señala también que, superada la doctrina jurisprudencial anterior, dictada cuando legalmente la posición del Fondo en el proceso era muy distinta, deben concretarse los pronunciamientos que deben emitirse, y que son los siguientes:

“A) Cuando proceda la absolución de la empresa por inexistencia o prescripción de la deuda, no se hará, como es lógico, ninguno respecto del Fondo, puesto que si no surge la responsabilidad directa de la empresa, tampoco nace la suya subsidiaria. B) Si la oposición de la empresa y del Fondo no prosperan, deberá condenarse explícitamente a este último, en su condición de responsable legal subsidiario, a estar y pasar por la condena que se imponga a la empresa; con ello no se hace, en definitiva, más que llevar a sus últimas consecuencias, las que se derivan del efecto preclusivo que hasta ahora se imponía al Fondo. C) Si es el Fondo el único que alega la excepción al amparo del art. 1973 Código Civil y ésta es acogida, habrá de emitirse un pronunciamiento declarativo para hacer constar que respecto de la institución de garantía la deuda está prescrita; y ello aunque se condene a la empresa, bien porque opte por no alegar o renunciar a la prescripción, bien porque no esté presente en el juicio. D) Procederá análogo pronunciamiento declarativo a favor de la institución de garantía, cuando ésta alegue la prescripción por alguna de las causas previstas en el art. 1975 del Código Civil y se estime por el órgano judicial. Lo que no será óbice para la condena a la empresa, cuando así proceda. E) Finalmente, en ningún caso podrá emitirse pronunciamiento alguno, ni tan siquiera declarativo, referido a la relación jurídico-material del Fondo con los trabajadores, aún no nacida y ajena al pleito; y que deberá debatirse, en su integridad, en el ulterior proceso que pueda suscitarse entre ellos.”

Se refiere también el TS a los principios de celeridad y economía procesal que deben orientar toda contienda laboral y que abonan tales soluciones, en tanto que diferir la solución de la excepción de prescripción al segundo proceso por un formalista respeto a figuras jurídico-procesales civiles en las que el órgano de garantía no tiene correcto encaje, sería tanto como dilatar sin razón alguna, una solución que puede conseguirse en el primero con todas las garantías procesales, duplicar innecesariamente la actuación de los órganos judiciales, entorpecer la gestión administrativa del Fondo e imponer a los trabajadores la carga de acudir a un expediente administrativo y eventualmente a un segundo proceso, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero, para debatir allí lo que pudo decidirse, válida y definitivamente, en el primero.

b) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: es presupuesto necesario que se haya dictado auto de insolvencia en el concreto proceso judicial del que dimana la reclamación del trabajador, aunque tal declaración ya se haya efectuado en un proceso diferente seguido por otros trabajadores contra la misma empresa

Así lo señala la STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2002, I.L. J 1653, con cita de la STS de 30 octubre 1990, en donde se señala que “la declaración de insolvencia a que estos preceptos aluden, no es cualquier declaración de esta clase referida a la empresa de que se trate y recaída en cualquier proceso, aunque sea totalmente ajeno a los débitos salariales o indemnizatorios cuyo abono se está reclamando al Fondo de Garantía Salarial, sino que la declaración de insolvencia que únicamente tiene trascendencia y efectividad en cuanto a las disposiciones contenidas en estos artículos, es aquella que se pronuncia y proclama en el proceso en que se reclamó a la empresa el pago de los mismos salarios o indemnizaciones, que ahora se exigen al fondo referido”.

Por todo ello, concluye el TSJ de Cataluña que es, en todo caso, necesario que se haya dictado auto de insolvencia de la empresa en el proceso en que se reclamó a la misma el pago de las indemnizaciones o salarios que ahora se exigen al Fondo de Garantía Salarial, por más que esta declaración pueda hacerse sin necesidad de reiterar los trámites de averiguación de bienes establecidos en el art. 248 de la LPL cuando la insolvencia ya fue establecida en otro procedimiento “si bien en todo caso se deberá dar audiencia previa a la parte actora y al Fondo de Garantía Salarial para que puedan señalar la existencia de bienes”, y permitir así que la citada entidad pueda contar con tal posibilidad en defensa de sus intereses.

c) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: reclamación salarial por parte de trabajador extranjero sin permiso de trabajo

En el supuesto que resuelve la STSJ de Cataluña de 10 de julio de 2002, I.L. J 1773, se cuestiona si debe o no responder subsidiariamente el FOGASA por los salarios devengados y no percibidos durante la prestación de sus servicios por parte de trabajador extranjero sin permiso de trabajo. La sentencia de instancia condena a la empresa demandada, pero absuelve al Fondo de Garantía Salarial de todo tipo de responsabilidad por considerar que la cantidad reconocida no tiene carácter de salario sino de indemnización.

Con cita de diversas sentencias dictadas en Suplicación –SSTSJ de Madrid, de 2 de febrero de 2000; Santa Cruz de Tenerife, de 12 de julio de 1994; y Andalucía, de 27 de mayo de 1998– el TSJ de Cataluña responde afirmativamente a la cuestión planteada.

Se señala al respecto que si bien la falta de obtención del permiso de trabajo por parte de un trabajador extranjero afecta a la validez y eficacia del contrato, siendo por lo tanto el mismo nulo, el trabajador podrá exigir por el trabajo que hubiere prestado la remuneración correspondiente a un contrato válido, según dispone el art. 9.2 ET, y porque además lo contrario sería un enriquecimiento injusto, como reiteradamente sostuvo la doc-

trina del TCT. Por ello, ha de entenderse que un extranjero sin permiso de trabajo tendrá derecho a percibir los salarios correspondientes al trabajo realizado y los devengos correlativos a dicha prestación, aunque no, en su caso, los salarios de trámite, pues si el contrato era nulo, y durante el período de trámite procesal no prestó servicio alguno, no le corresponde el devengo, a tenor de lo preceptuado en el mencionado art. 9.2 ET.

En consecuencia, siendo lo reclamado salarios no percibidos durante la prestación de los servicios que deben ser abonados al trabajador, el Fondo de Garantía Salarial, en su responsabilidad subsidiaria, deberá abonar la suma a que es condenada la empresa, según lo previsto en el art. 33 ET, y en los términos en que el mencionado precepto le responsabiliza del abono de los salarios pendientes de pago a los trabajadores.

d) Responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía Salarial: no puede responder de objeto distinto o más extenso que el deudor principal

Así lo señala la STSJ de Madrid de 4 de junio de 2002, I.L. J 1623. En ella se dice que el período que tendrá que computarse para fijar la indemnización que se reclama es aquel por el que fue condenado el deudor principal. Además, siendo el FOGASA su fiador legal le deben ser aplicables las normas que regulan esta institución y, en consecuencia, no puede responder de objeto distinto o más extenso que el deudor principal, como señala el art. 1826 del Código Civil.

e) Responsabilidad directa: no procede. Despido objetivo que afecta a la totalidad de la plantilla de la empresa compuesta por más de cinco trabajadores

En la STS de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 1899, se aplica el criterio contenido en STS de 14 de diciembre de 1999, I.L. J 1954, en donde señaló el TS que para que se le pueda exigir al FOGASA el pago de la cantidad correspondiente a las extinciones por despido objetivo del art. 52.c) ET o por despido colectivo del art. 51 ET a que se refiere el art. 33.8 ET se requiere del cumplimiento del supuesto de hecho descrito en la norma.

Por ello, si la extinción supera los baremos fijados para despedir por circunstancias objetivas, y se lleva a cabo acogándose el empresario a lo que dispone el art. 52.c) ET, no existe legalmente despido objetivo, puesto que para ello, no sólo se han de cumplir las exigencias formales del art. 53 ET, sino que además es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establece el art. 51.1 ET. En este caso, si no existe despido objetivo ni tampoco se ha tramitado el procedimiento de regulación de empleo que exige el despido colectivo, no puede aplicarse, en consecuencia, la responsabilidad que le asigna al FOGASA el mencionado art. 33.8 ET.

Asimismo la STS de 24 abril 2002, I.L. J 1003, que aplica el mismo criterio para los supuestos a que se refiere el art. 51.1, último párrafo, ET.

f) Responsabilidad directa: no procede. Extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo

El art. 33.8 ET dispone que en las empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA abonará el 40 por ciento de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 ET, o por la causa prevista en el art. 52.c) del mismo texto legal, esto es, por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, por alguna de las causas previstas en el art. 51.1 ET y en número inferior al establecido en el mismo.

Siendo las extinciones por estas causas las únicas sobre las que el art. 33.8 ET contempla la posibilidad de que el FOGASA haga frente al abono del 40 por ciento de las indemnizaciones, si la empresa es de menos de 25 trabajadores, no responderá el FOGASA cuando la causa extintiva no es la prevista en el mencionado art. 52.c) ET, sino la prevista en el art. 52.b) ET, en el que se contempla la extinción del contrato de trabajo por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo.

Así lo señala la STSJ del País Vasco de 10 de septiembre de 2002, I.L. J 2352.

2. JORNADA DE TRABAJO**A) Calendario****a) Acordado mediante instrumento colectivo**

El art. 34.6 del Estatuto de los Trabajadores atribuye a la empresa, la elaboración del calendario laboral, sin más exigencia que su exposición en un lugar visible de cada centro de trabajo. Por ello, su fijación corresponde, en principio, a la empresa, sin otros límites que los establecidos legalmente respecto al régimen de descansos, y la consulta previa a los representantes de los trabajadores.

Esta situación, sin embargo, puede verse modificada si la empresa autolimita esta facultad, a través del mecanismo de la negociación colectiva, y se obliga a fijar el calendario laboral anual de común acuerdo con el Comité de Empresa.

Si ello ocurre así, y la empresa acuerda un calendario determinado con el Comité de Empresa, nos encontraríamos ante un pacto de eficacia normativa, fruto de la negociación colectiva, cuya modificación exige acudir al mecanismo previsto en el art. 41.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Ésta es la doctrina que recoge la **STSJ de Aragón de 23 de noviembre de 2002**, I.L. J 1918, en la que se falla la nulidad de un calendario laboral, que acordado colectivamente, fue modificado unilateralmente por la empresa sin acudir al procedimiento previsto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores.

Cabe mencionar, sin embargo, alguna excepción, cual es, que el Acuerdo Colectivo contenga expresiones inconcretas o ambiguas, cuya concreción se realice por la empresa en la ejecución del mismo.

Así lo matiza la **STSJ de Aragón de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 1921, la cual entiende que el término “en la medida de lo posible”, es un término incierto o impreciso que impide hablar de incumplimiento empresarial.

b) Condición más beneficiosa. Tiempo de bocadillo

Cabe que el empresario, venga obligado a respetar determinados derechos a la hora de elaborar su calendario laboral, aun cuando no se hubiera pactado el mismo con los representantes de los trabajadores.

Así ocurre, conforme expone la **STSJ de Castilla y León de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2168, con el tiempo de bocadillo, el cual debe considerarse tiempo efectivo de trabajo, si en los 13 últimos años de elaboración del calendario laboral por la empresa, ésta ha venido recogiendo el tiempo de bocadillo como tiempo efectivo de trabajo.

Esta circunstancia evidenciaría así una voluntad empresarial de reconocimiento de un derecho que el trabajador habría patrimonializado a través de una creencia fundada en su obligatoriedad.

c) Inexistencia de obligación de recoger en el mismo el modo de recuperar los días trabajados en concepto de fiestas recuperables

La **STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2002**, I.L. J 1778, afirma que no es exigible legalmente, conforme lo dispuesto en el art. 34.6 del Estatuto de los Trabajadores, que el calendario laboral recoja los horarios de los trabajadores.

Por ello, si el calendario laboral recoge dos fiestas recuperables y no contiene en el mismo el modo de recuperación de citadas fiestas, la empresa dentro de sus facultades de organización y dirección del trabajo, puede adecuar los horarios a fin de posibilitar la recuperación de las fiestas trabajadas.

Según esta Sentencia, no existe, en el caso concreto, obligación legal o convencional de negociar estos extremos; pero es que, de existir, la obligación alcanzaría sólo al proceso de negociación, y no al resultado.

B) Discriminatoria

Son frecuentes los supuestos en los que se impugna una modificación horaria o cambio de turno, bajo la alegación de que se trata de una conducta empresarial que atenta contra el derecho a la igualdad y no discriminación recogido en el art. 14 de la Constitución Española, o a la libertad sindical recogido en el art. 28 de nuestra Carta Magna.

En este sentido, viene exigiéndose por la doctrina constitucional una inicial carga probatoria del que alega la discriminación, a través de la prueba de indicios, que una vez aportada, invierte la carga de la prueba en contra de la empresa, que deberá acreditar que la asignación de turno o modificación horaria se encuentra objetivamente razonada, lo que excluiría la tacha de conducta vulneradora de un derecho fundamental.

Así, la **STSJ de Murcia de 21 de octubre de 2002**, I.L. J 2187, entiende que no atenta contra el principio de libertad sindical la asignación a un delegado sindical del turno de mañana, cuando anteriormente venía prestando servicios en turnos alternos de mañana y tarde, si la realización de obras en el Hospital en que aquél prestaba servicios, objetivaban una sobrecarga de trabajo del personal de turno de mañana.

Tampoco considera discriminatorio la **STSJ de Valencia de 19 de febrero de 2002**, I.L. J 2066, la negativa de la empresa a la solicitud de cambio de turno de una trabajadora interina, si dicha negativa se ampara en los criterios de asignación de turnos pactados entre la dirección del centro y el Comité de Empresa.

En el mismo sentido, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de febrero de 2002**, I.L. J 2206, desestima igualmente la alegación de discriminación por razón de sexo de una trabajadora que habiendo obtenido con anterioridad el reconocimiento judicial de un horario que incluía el descanso ininterrumpido sábados tarde y domingos, ve modificado posteriormente el mismo, en el sentido de incluir prestación de servicios en domingos y festivos. La Sala entiende que la empresa acreditó que la medida obedecía a causas objetivas y razonables, pues tratándose de una empresa de servicios, la misma probó un incremento de los usuarios de sus servicios de 1.000 a 6.000 durante los meses de julio y agosto.

C) Horas extraordinarias**a) No existen cuando el convenio marca una jornada anual fija y se ha pactado un horario flexible en la empresa**

El ET define la hora extraordinaria en su art. 35, como el exceso de la duración máxima de la jornada ordinaria, establecida según el artículo anterior. Por su parte, el art. 34 remite al convenio colectivo o al contrato de trabajo a efectos de la determinación máxi-

ma de la jornada, siempre que ésta no exceda de 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

De la lectura de ambos preceptos puede concluirse que salvo mención en contrario del convenio colectivo, una distribución irregular de la jornada que alcance al final del año el número de horas máximas establecidas, no da lugar a entender como generadas hora extraordinaria alguna.

Ésta es la doctrina que aplica la **STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2002**, I.L. J 2340, que desestima la petición de los demandantes de que el descanso trimestral otorgado por la empresa a fin de regularizar la jornada realizada en el mismo período de tiempo, debiera realizarse aplicando las reglas de la compensación que para las horas extraordinarias recogía el convenio colectivo.

En opinión de la Sala, para que exista hora extraordinaria es preciso que se oferte ésta por el empleador como extra, y se acepte como tal por el trabajador, amén de que el tiempo de trabajo supere efectivamente al estipulado. Esto no es lo que ocurre cuando lo que la empresa hace es comunicar a cada trabajador si excedió del tiempo debido para que lo compense con descanso, pero no en oferta de tiempos extra, sino de compensación o regularización de los prestados efectivamente respecto de los debidos.

b) Para su reconocimiento, hay que tener en cuenta los supuestos en que el centro de trabajo es, además, domicilio habitual. Buques

No todo el tiempo de permanencia en el buque ha de considerarse tiempo de trabajo efectivo, ya que el buque es simultáneamente domicilio y lugar de trabajo.

De esta premisa parte la **STSJ de Madrid de 16 de julio de 2002**, I.L. J 1843, para desestimar la demanda en reclamación de horas extraordinarias de un marinero que no fue desembarcado inmediatamente tras cumplir su jornada anual.

Para el Tribunal:

“El derecho a ser desembarcados cuando cumplan su jornada anual, no cabe admitirlo de modo radical e incondicionado sino que el art. 5 del Convenio Colectivo ha de relacionarse con otros condicionantes previstos en la empresa, pues de lo contrario tendrían que regresar a puerto cada vez que un trabajador cumpliera en alta mar ese tope anual de horas. Los actores deben asumir que sus salarios y demás beneficios de que gozan son para compensar los riesgos e incomodidades consustanciales e inherentes a su profesión y al medio en que lo realizan, aparte de que concurre la circunstancia de que el buque es simultáneamente domicilio y lugar de trabajo, por lo que todo el tiempo de permanencia en el mismo no debe computarse como trabajo efectivo.”

D) Turnos**a) Obligación de rotación. No existe si no hay cadencia en los turnos**

Analiza la STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2002, I.L. J 2411, el concepto de turno de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 36.3 del ET.

Se analiza la demanda interpuesta por un trabajador que plantea la alternancia ente los dos turnos (mañana y tarde) que existen en la empresa.

La Sala entiende que no resulta de aplicación al caso concreto el art. 36.3 del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que el mismo exige literalmente que para entender que nos encontramos ante un régimen de jornada a turnos, los trabajadores ocupen los mismos puestos de trabajo según un cierto ritmo, continuo o discontinuo.

Como quiera que en el caso examinado, la totalidad de la plantilla está adscrita a un único turno (mañana o tarde), no nos encontramos técnicamente ante un sistema de trabajo a turnos, por lo que no resulta exigible la alternancia entre los mismos.

b) Interpretación flexible a efectos de reconocer derecho a elección de turno, para compatibilizar estudios y prestación de servicios

A los efectos de la aplicación del art. 23.1.a) del Estatuto de los Trabajadores (derecho a elegir turno de trabajo cuando se cursen regularmente estudios para la obtención de título académico o profesional), es indiferente que hablemos de tres turnos (mañana, tarde y noche), en las que cada trabajador esté adscrito a uno solo de los turnos, o que nos encontremos ante tres turnos (mañana, tarde y noche), en los que el trabajador va ocupando de forma sucesiva cada uno de los existentes.

Ésta es la doctrina que sienta la STS de 25 de octubre de 2002, I.L. J 2006, en la que el Tribunal Supremo afirma:

“La interpretación del art. 23.1.a) referenciado, no puede conducir al otorgamiento del derecho que reconoce en función de que los turnos sean fijos o rotatorios, pues el precepto no alude a esta circunstancia ni hace depender la preferencia del trabajador a elegir uno u otro al establecimiento de la empresa de un determinado sistema de turnos.”

3. PACTO DE NO CONCURRENCIA

Suscrito pacto de no concurrencia, el compromiso del empresario, en fase de conciliación y una vez extinguida la relación laboral, consistente en no exigir al trabajador la prohibición de realizar cualquier actividad laboral para cualquier empresa, no impide la eficacia del acuerdo firmado. Más todavía cuando la empresa se reservó el derecho a

renunciar la prohibición de concurrencia pactada en el plazo de 15 días desde la extinción de la relación laboral, facultad que no ejercitó (STSJ de Aragón de 23 de septiembre de 2002, I.L. J 1919).

4. CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

A) Titulación y clasificación profesional

La ostentación de titulaciones académicas o profesionales exigidas para ejercer la prestación profesional es uno de los límites más importantes en materia de clasificación profesional y movilidad funcional en nuestro ordenamiento jurídico, tal y como se aprecia en el art. 39.1 ET. Es un requisito de orden público que, al limitar el derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio en los términos en que se reconoce en el art. 35.1 CE, admite matices y modulaciones.

Entre éstos, las SSTS de 20 de enero, 21 de febrero, 25 de marzo de 1994 y 21 de junio de 2000 y las SSTS (u.d.), de 24 de julio de 2000, 15 de noviembre de 2000, 4 de junio de 2001 y 25 de junio de 2002 reflejan las diferencias existentes entre la exigencia legal de titulación, en cuyo caso no cabe ni reconocimiento de nueva clasificación profesional ni retribución salarial acorde a las funciones realizadas, pudiendo incluso constituir un delito de intrusismo tipificado en el art. 403 CP, y su exigencia convencional, caso en que se reconoce a los trabajadores el derecho a las retribuciones propias de la categoría correspondiente a sus nuevas funciones aunque no puedan consolidar ésta.

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de septiembre de 2002, I.L. J 2302, refleja esta jurisprudencia del Tribunal Supremo haciendo uso del requisito de la titulación para encuadrar las funciones del actor, conductor del Parque Móvil del Estado traspasado a la Comunidad Autónoma andaluza, en una determinada clasificación profesional. El trabajador reclama las retribuciones propias de conductor mecánico de 1ª, Grupo III, en base al desempeño de las funciones propias de este encuadramiento profesional pero el Tribunal las deniega rechazando el cumplimiento de estas funciones, entre otras razones, porque carece del permiso de conducción necesario para su desempeño.

B) Proceso de clasificación profesional e irrecurribilidad de la sentencia

Un proceso es de clasificación profesional cuando la pretensión se funda en la discrepancia entre las funciones realizadas y la categoría atribuida con independencia de que se solicite en la misma demanda las diferencias salariales correspondientes. Identificada así la pretensión que se dilucida en un proceso no cabe recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, siendo consecuencia reiterada de su inapropiada tramitación la advertida en la doctrina de unificación (por ejemplo, en la STS, u.d., de 29 de octubre de 2001), la declaración de nulidad de actuaciones desde la publicación de la sentencia de instancia declarando expresamente su firmeza.

Esta irrecurribilidad se ha de observar con independencia de que las diferencias retributivas que se reclaman acumulándose a la acción de clasificación superen el límite de 300.000 pesetas (1.803 euros) dado el carácter accesorio de esta petición económica condicionada a aquella otra **STS de 28 de octubre de 2002**, u.d., (recurso 621/2002) I.L. J 2010. Sin embargo, los Tribunales Superiores de Justicia conocen de esta materia a través de algunas vías.

Entre otras, en primer lugar, la regla general de recurribilidad de las sentencias y la supresión de la referencia a la cuantía en la redacción del art. 189.1.d) LPL indican que sí será posible el recurso de suplicación en procesos que versen sobre esta materia, como en cualquier otro, cuando tenga por objeto subsanar una falta esencial del procedimiento o la omisión del intento de conciliación obligatoria previa, a excepción hecha de los Autos. Y así lo interpreta la doctrina judicial, **STSJ de La Rioja de 9 de julio de 2002** (recurso de suplicación 135/2002), I.L. J 1866 *ad exemplum*.

En segundo lugar, cuando lo que se somete a la consideración del Tribunal es la ordenación convencional de esta materia, es decir, cuando en realidad se trata de interpretar el convenio, también se admite este recurso. Así se aprecia en la **STSJ de Aragón de 23 de octubre de 2002** (recurso de suplicación 950/2002), I.L. J 2163, con el Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración del Estado y la reclamación de unos trabajadores de la Confederación Hidrográfica del Ebro que realizan tareas de guardería forestal, elaboración de informes sobre concesiones y autorizaciones de bienes patrimoniales, control de plagas, realización de inventarios, etc., que ostentaban la categoría de práctico especializado dentro del grupo VI, pasando a ostentar la de ayudantes de mantenimiento y oficios cuando entra en vigor el citado Convenio, y que solicitan su inclusión en el grupo V.

5. MOVILIDAD FUNCIONAL

A) Movilidad ascendente, reconocimiento de categoría y retribución

La **STSJ de Andalucía, Málaga, de 12 de julio de 2002** (recurso 1136/2002), I.L. J 2269, aplica el art. 39.4 ET y reconoce la categoría de Administrativo, y correspondientes diferencias retributivas, a una auxiliar administrativo que realiza funciones de gestión administrativa, no de apoyo material a esa gestión, tal y como se describen en el Estatuto del Personal no Sanitario al Servicio de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Y que las realiza no eventualmente, como un aumento de sus funciones ante circunstancias coyunturales, sino estructural. Diferencias salariales que la **STSJ de Andalucía, Málaga, de 17 de junio de 2002** (recurso de suplicación 902/2002), I.L. J 1758, reconoce a una auxiliar de servicio de limpieza que efectivamente ha realizado trabajos de atención al cliente, preparación de bufés y limpieza, funciones asimilables a la categoría de camarera, durante el período de su realización de conformidad con lo prescrito por el art. 39.3 ET.

6. MOVILIDAD GEOGRÁFICA

A) Cambio de centro de trabajo. No existe cambio de residencia cuando la distancia entre la anterior y la nueva es de 25 Km. Inexistencia del derecho a la opción por indemnización y cese del contrato

El supuesto examinado por la STSJ de Cataluña de 19 de junio de 2002, I.L. J 1669, incide en la circunstancia del traslado de la empresa a otra ubicación a 25 Km del anterior, llegándose a un acuerdo sobre compensaciones sobre transporte, horario y económicos, y ante los que determinados trabajadores optan por acogerse a los beneficios del art. 40 ET en materia de extinción contractual, a lo que la Sala con aplicación estricta de la citada norma señala que no resulta de aplicación pues el traslado de la empresa a 25 Km no exige cambio de residencia, además de la existencia de comunicación previa y acuerdo con la representación de los trabajadores.

B) Insalud. Traslado de médica especialista

La demandante, medica estatutaria, especialista en pediatría, fue trasladada a centro distinto del que venía desarrollando su prestación de servicios como consecuencia del cierre de aquél. La STSJ de Cantabria de 1 de julio de 2002, I.L. J 2082, confirmando la dictada por el Juzgado, y recogiendo lo dispuesto en el art. 87 de la Ley General de Sanidad, en cuanto la facultad de la Administración Sanitaria de cambiar de puesto al personal “por necesidades imperativas de la organización sanitaria, con respeto de todas las condiciones laborales y económicas dentro del área de salud”, refiere, ante el cierre del centro donde prestaba servicios la actora, se encontraba la Administración demandada facultada para el traslado, lo que así realizó manteniendo las condiciones laborales y económicas, con lo que en nada existe exceso de poder, ni implica un tratamiento distinto al reglamentariamente establecido, por ello no puede hablarse de arbitrariedad ni abuso de poder.

C) Banco. Cambio de puesto de trabajo, dentro de la misma plaza o en un radio de 25 Km. No se considera traslado ni movilidad geográfica

La sentencia del STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 15 de octubre de 2002, I.L. J 2178, examina el supuesto de trabajador de la banca trasladado a localidad situada a 15,1 Km, destacando que el art. 30 CC de banca impone a la empresa la toma en consideración de las peticiones voluntarias, sin menoscabo de las facultades de organización. Así, cuando se produce el traslado a localidad con distancia inferior a 25 km no posee la consideración de traslados ni movilidad geográfica, se trata de simple movilidad consecuencia de ejercicio de facultades empresariales. También señala que la determinación de la toma en consideración de peticiones voluntarias que puedan existir para plazas concretas y otra bien distinta la necesidad de apertura de un período de oferta pública de la plaza, lo que no se contiene en el mencionado precepto.

7. MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

A) Variación sustancial de condiciones de trabajo. Inexistencia. Horario sometido a la aprobación del Ayuntamiento

Por la empresa, adjudicataria del servicio de limpieza por una Corporación, comunicó a los trabajadores de forma verbal el cambio de horario, adelantando la misma una hora, no obtenida autorización de la Corporación, la empresa notificó de forma verbal la vuelta al anterior horario, lo que es impugnado por la Delegación sindical de un sindicato a través del conflicto colectivo. La **STSJ de Aragón de 1 de julio de 2002**, I.L. J 1692, desestimando el recurso de la delegación sindical al entender que el horario de limpieza está condicionado a la aprobación por la Corporación contratante y así “el adelanto en una hora dispuesto por orden verbal de la empresa, aunque fuera aceptado por los trabajadores, cuya aspiración en tal sentido parece clara a tenor de la previsión introducida en el Convenio al respecto y su conformidad a la orden de la empresa, no pudo tener en ningún caso efecto a carácter definitivo en tanto no fuera aprobado por la entidad contratante, aceptando así la modificación del horario preestablecido”, por tanto, no puede considerarse como una modificación sustancial de condiciones de trabajo, ya que el adelanto del horario no había adquirido la firmeza o consolidación necesaria.

B) Nulidad de actuaciones. Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Inadecuación del procedimiento. Ha de seguirse el trámite previsto en el artículo 138 LPL. La opción entre proceso ordinario y cualquiera de las modalidades procesales no es potestativa del accionante

La actora venía prestando servicios en una jornada de 22 horas semanales ampliándose a 24 horas y 30 minutos semanales, ejercitando una acción a través del proceso ordinario, lo que la fue desestimado. La **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 22 de julio de 2002**, I.L. J 1821, parte de que el art. 138 LPL hace referencia a las novaciones objetivas, “por ello siempre que se altere —en uno u otro sentido, por una u otra causa— dicho contenido del contrato laboral, se abre la vía impugnativa judicial por la modalidad procesal del art. 138 LPL”, por tanto la opción entre proceso ordinario y cualquiera de las modalidades, no es potestativa del accionante, y ello porque “la modalidad procesal del art. 138 del RD 2/1995, de 7 de abril, tiene unos límites de perentoriedad (...), que hace que el tipo de modalidad procesal ordinaria seguida en el proceso contemplado (no urgente, sometida la acción al general plazo de prescripción y sin posibilidad rescisoria del contrato) sea totalmente inadecuada y sin posibilidad de subsanación posterior alguna”. Por ello procede declarar la nulidad de la sentencia.

C) Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Impugnación de la decisión empresarial. Trámite adecuado: proceso de conflicto especial

La **STS de 25 de septiembre de 2002**, I.L. J 1903, revoca a través del recurso de casación la sentencia del TSJ de Galicia que apreció la inadecuación del procedimiento de la demanda que impugnaba la compensación y absorción llevada a cabo por la empresa por

aplicación de las subidas del nuevo convenio colectivo. La citada sentencia señala, refiriéndose al art. 151.1 LPL y art. 41.4, apartado 5º ET, que “diseña un proceso de conflicto colectivo especial, donde cabe controvertir la viabilidad de la decisión empresarial que, según el mismo precepto, admita la calificación de colectiva en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo. Esto se consigue a través de dos elementos: primero, que la modificación afecte a condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo pacto colectivo disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos; segundo, que el número de trabajadores afectados por la medida no sea inferior a ciertas cifras, en concreto, y para una empresa como la demandada, que no sea inferior a 30 trabajadores si se ocupa a 300 o más [art. 41.2 en sus párrafos III y V.c)]”.

D) Conflicto colectivo. Modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo. Calendario de vacaciones

La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 de septiembre de 2002, señala al examinar un cambio en el sistema de vacaciones fraccionadas, y por tanto una modificación sustancial de condiciones de trabajo que la carga probatoria sobre el razonable equilibrio entre la gravedad de la situación que desea afrontar la empresa y el tipo de cambio a realizar, corresponde a la empresa con lo que de facto se produce una inversión de la carga probatoria, a pesar de que siga siendo el trabajador quien actúe como demandante. Así en el presente supuesto no se demuestra razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que el art. 41.1 ET exige como requisito indispensable.

E) Modificaciones sustanciales de condiciones del contrato. Apreciación de la caducidad. Error de la Administración al señalar el plazo para formular la demanda. Agotamiento de los recursos para el recurso de amparo

La cuestión litigiosa que se somete al Tribunal Constitucional lo es la desestimación de demanda llevada a cabo por el Juzgado de lo Social que acogió la excepción de caducidad de la acción de modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo y ello a pesar de que la Administración incurrió en el error de indicar al demandante que podía formular la demanda en el plazo de dos meses a partir de la siguiente a la fecha de su notificación. La STC de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 2034, analiza, en primer lugar la oposición formal al recurso de amparo en tanto en cuanto refiere a la falta de agotamiento de todos los recursos utilizables, por no haberse interpuesto el recurso de suplicación contra la sentencia, lo que es rechazado, pues señala que, “todos los recursos ex art. 44.1.a) LOTC no son la totalidad de los posibles e imaginables, sino sólo aquellos que puedan ser conocidos y ejercitables por los demandantes sin necesidad de superar unas dificultades interpretativas mayores de lo exigible razonablemente, esto es, sólo han de ser utilizados aquellos cuya procedencia se desprenda de modo claro y terminante del tenor de las previsiones legales, y además que dada su naturaleza y finalidad, sean adecuados para reparar la lesión presuntamente sufrida (...)”. En el presente supuesto, “la interposición del recurso de suplicación no era razonablemente exigible a la demandante de amparo, y, en consecuencia, debe entenderse agotada la vía judicial previa, y respetada la subsidiariedad del recurso de amparo”.

Respecto a la cuestión de fondo se entiende vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no reúne las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad, pues la decisión judicial de apreciar una caducidad cuando la presentación de la demanda fuera de plazo legalmente previsto tiene su origen en una indicación errónea de plazos de la Administración, que no puede beneficiarse después en él la caducidad de la acción (SSTC 193/1992, 194/1992, de 16 de noviembre). Asimismo destaca la sentencia comentada que el Juzgado de lo Social, si bien reconoció la errónea actuación de la Administración en la determinación del plazo estimó la caducidad ex art. 59.4 ET y art. 138.4 LPL, sin tener en cuenta los mandatos legales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que precisan los requisitos que han de cumplir las notificaciones que efectúe la Administración (art. 58.2), los cuales revisten una esencial importancia en cuanto que permiten a los administrados reaccionar adecuadamente en defensa de aquellos derechos o intereses que estimen lesionados por su actuación (SSTC 193/1992 y 194/1992) y los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas (art. 58.3), cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda promovida.

F) Despido. Inexistencia. Modificación sustancial en la que opta por extinguir el contrato de trabajo

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 5 de abril de 2002, I.L. J 2229, examina el supuesto de trabajador que comunicó a la empresa la extinción del contrato por modificación sustancial de las condiciones del mismo, a lo que la empresa le manifestó que no procedía indemnización alguna por renuncia del trabajo. El mencionado trabajador ejercitó la acción de resolución del contrato de trabajo por modificación sustancial de la que desistió y ejercitando posteriormente acción de despido, demanda que fue desestimada por el Juzgador de instancia. La Sala de lo Social, concluye en que no ha existido despido, sino rescisión del contrato por el trabajador, pues no resulta que el empresario le haya despedido, ello al margen de su derecho a reclamar la indemnización pues la rescisión laboral, por supuesta modificación sustancial de condiciones de trabajo puede adoptarla el trabajador por sí mismo.

G) Abono del Plus de festivo, plus nocturno y diferencias en la cuantía salarial por vacaciones no abonadas durante el período de tramitación del procedimiento de modificación sustancial de condiciones del contrato de trabajo a través de conflicto colectivo

Los trabajadores instaron demanda de modificación sustancial de condiciones del contrato a través del cauce del conflicto colectivo, la cual tras diversas vicisitudes concluyó al cabo de tres años en sentencia declarando injustificada la modificación. Durante el período de tramitación del señalado proceso los trabajadores vieron alterados los conceptos plus festivo, plus nocturno y plus vacacional, por lo que instaron demanda en reclamación de los mismos respecto al período de los tres años, lo que fue estimado en la instancia. Interpuesto recurso de suplicación por al empresa Telefónica de España SAU, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de septiembre de 2002, I.L. J 2304, confirma la sen-

tencia señalando que los actores no solicitan la ejecución de la sentencia de conflicto colectivo, sino que, “en las presentes actuaciones lo que los actores piden son el abono de unos conceptos retributivos que como consecuencia de la modificación de condiciones operadas en 1998, quedó suspendida en 1998, quedó suspendida durante los tres años aproximados que duró el conflicto colectivo, y declarada aquélla injustificada no puede por menos que generar el derecho a seguir devengando dichos conceptos en iguales condiciones (...) El que la acción ahora ejercitada tenga su fundamento legal en la sentencia de conflicto colectivo que declaró injustificada la modificación de condiciones de trabajo no implica ni constituye ejecución forzosa de aquella sentencia, limitada a reponer a los actores en sus antiguas condiciones con efectos de futuro”.

8. EXCEDENCIAS

A) Excedencia voluntaria IMSERSO

La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 2 de julio de 2002, I.L. J 1811, analiza la situación de una trabajadora en situación de excedencia en el IMSERSO, una vez producida mediante Real Decreto 149/1999, de 29 de enero, sus competencias a la Comunidad Autónoma, concluyendo que “el trabajador excedente voluntario no conservaba en el IMSERSO, derecho a plaza concreta en el centro de destino cuando pasó a la situación de excedente, sino simplemente el derecho a reingresar en cualquiera de las vacantes de su categoría, o de la inferior, cualquiera que fuera el centro de trabajo donde existiera plaza sin titular, con lo que su situación era la de personal excedente en la empresa y no de un centro de trabajo concreto.

B) Excedencia voluntaria: Reingreso. Indemnización por retraso

La STSJ de Extremadura de 4 de septiembre de 2002 (recurso 370/2002), I.L. J 2127, desestima una solicitud de fijación de indemnización de daños y perjuicios derivados de un retraso en el reingreso, al no haberse acreditado que en el momento en que el mismo fue solicitado existiera plaza vacante, lo que determina que la actuación del INSALUD era correcta, al conceder el reingreso, cuando quedó vacante el mismo puesto que antes ocupaba.

C) Excedencia voluntaria. Reingreso. Indemnización por salarios dejados de percibir

La STSJ de Cataluña de 18 de octubre de 2002 (recurso 250/2002), I.L. J 2407, afronta la cuestión referente a la determinación de la indemnización salarial correspondiente a un supuesto de reingreso. La tesis general es que, en los supuestos generales en los que la vacante se produce con posterioridad a la solicitud, la fecha debe situarse en la de la presentación de la papeleta de conciliación, sin embargo, cuando la vacante existía con anterioridad, la fecha debe coincidir con la última petición de reingreso.

D) Excedencia voluntaria: Acciones frente a la negativa empresarial al reingreso

La STSJ de Andalucía, Málaga, de 27 de septiembre de 2002 (recurso 1409/2002), I.L. J 2294, recuerda que frente a la negativa empresarial al reingreso desde la situación de excedencia, caben dos tipos de reacciones, la ordinaria de reincorporación al puesto de trabajo que ha de articularse por el procedimiento ordinario y la de despido, que ha de ser ejercitada por el procedimiento especial. La vía del despido debe utilizarse cuando la negativa o desatención manifiesta de forma inequívoca la voluntad extintiva, mientras que el proceso ordinario, debe utilizarse cuando tal negativa sólo denota falta de reconocimiento del eventual derecho al reingreso.

JESÚS R. MERCADER UGUINA

CÉSAR TOLOSA TRIBIÑO

ANA MARÍA BADIOLA SÁNCHEZ

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

FERNANDO BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA

ANA BELÉN MUÑOZ RUIZ

MONTSERRAT MUÑOZ 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) 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. **4. Extinción del contrato por causas objetivas.** A) Configuración y alcance de las causas. B) La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET. C) 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. C) El procedimiento por despido. **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) Readmisión. **8. Calificación judicial del despido: Nulidad.** A) Supuestos. Vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas. Discriminación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se recoge la doctrina judicial relativa a la extinción del contrato de trabajo y al despido emanada del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, incluida en los números 9 a 12 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”. Niega eficacia liberatoria al finiquito, a efectos del cómputo de antigüedad del trabajador la **STSJ de Madrid de 7 de junio de 2002** (recurso 1883/2002), I.L. J 1627. La sentencia revoca en parte la sentencia de instancia y resuelve un supuesto en el que se produce una sucesión de contratos temporales en el tiempo, sin solución de continuidad. Para la Sala la contratación en su conjunto tiene un carácter fraudulento, por “haber realizado siempre (...) una actividad indefinida y no temporal”, y “la firma de un finiquito no puede denotar una voluntad extintiva si a continuación, dentro de una misma cadena contractual, se suscribe de nuevo un contrato”. Niega asimismo naturaleza transaccional al finiquito ya que, el mismo refiere “conceptos salariales a los que en todo caso tendría derecho el actor”. Considera asimismo que no hay ninguna razón para excluir, a efectos de indemnización por despido, los contratos precedentes al último, ya que no se ha producido una interrupción sin prestación de servicios entre contrato y contrato superior a veinte días hábiles, que es el plazo de caducidad para la acción de despido aludiendo a las doctrina sentada por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 20 de febrero, 5 y 29 de mayo, 2 de julio, 17 y 28 de noviembre de 1997 y 21 de enero de 1998, entre otras.

Resuelve a favor de “la tesis de la ineficacia del finiquito en tanto queda afectado por la causa torpe del contrato, de modo que declarada la ilicitud del contrato temporal, deviene también ineficaz, salvo como recibo de cantidades, el documento de finiquito que se basaba en una causa de extinción inexistente. Respecto de los documentos de finiquito suscritos al término de contratos aparentemente celebrados al amparo de la normativa de la contratación temporal, pero que en realidad encubren contratos indefinidos, la doctrina jurisprudencial establece que no es obstáculo a la declaración de ilicitud del despido la existencia de un recibo de saldo y finiquito y la consiguiente percepción por el trabajador de la liquidación correspondiente a la relación laboral mantenida por las partes (...)” y fija “(...) la cuantía de la indemnización por la improcedencia del despido, computando toda la relación laboral”.

La **STSJ de Madrid de 16 de julio de 2002** (recurso 1177/2002), I.L. J 2103, revoca la sentencia de instancia y declara la improcedencia del despido al considerar finiquito ineficaz el firmado por una trabajadora, que tras sostener una discusión con una compañera de trabajo, es convocada dos días después por la empresa a una reunión donde se le informa de la apertura de un expediente disciplinario por aquellos hechos, que podría acabar en despido, al tiempo que le ofrecen la posibilidad de optar por la baja voluntaria. La trabajadora en ese acto optó por la baja voluntaria plasmándolo por escrito de su puño y letra y firmó un documento de finiquito confeccionado por la empresa, presentando una semana después papeleta de conciliación por despido. La Sala niega valor liberatorio al finiquito, ya que para que tanto éste como la baja voluntaria firmada por el trabajador

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“tenga plena eficacia liberatoria para la empresa, es necesario e imprescindible que conste la inequívoca voluntad de aquél de extinguir el contrato, voluntad que no se puede afirmar que exista sin más por el hecho de haber firmado un documento cuando acto seguido se acciona contra el despido: la interpretación de la dimisión y del finiquito obligan a examinar los actos previos y posteriores a los mismos (art. 1282 del CC)”.

“En el supuesto, la trabajadora fue convocada de forma repentina y en su día de libranza a una reunión donde se encontró ante dos superiores que le informaron que a causa de la discusión mantenida con una compañera, iba a ser despedida, ofreciéndole solicitar la baja voluntaria en ese mismo acto y momento. Es cierto que (...) a la trabajadora se le informó de las consecuencias de ello, pero de la cronología de acontecimientos que se describe en el relato histórico se deduce que la empresa no informó suficientemente a la demandante y no actuó rectamente al ofrecer simultáneamente con el despido la opción de dimisión, en lugar de conceder un plazo razonable de reflexión. En este plazo la demandante hubiera podido con total tranquilidad meditar su decisión y conocer debidamente la trascendencia y consecuencias de la opción que libremente hubiese elegido, prestando un consentimiento libre, voluntario y perfectamente formado, recibiendo incluso el asesoramiento profesional correspondiente, del que careció. Aquella tranquilidad no puede decirse que concurriera (...) cuando sola, ante sus superiores, en definitiva la amenazaron con la apertura de un expediente que podía tener como consecuencia el despido y que para evitarlo disponía de la posibilidad de solicitar la baja voluntaria, que sólo reportaba beneficios a la empresa. Ante tales hechos no cabe entender que la decisión de la demandante fue tomada con plena libertad dadas las consecuencias notables que la misma acarrea no sólo de pérdida de empleo, sino también la posterior normalmente desconocida por los trabajadores de pérdida del derecho a las prestaciones por desempleo, cuya ausencia no se produce en el supuesto de un despido declarado procedente por la jurisdicción social. Prueba de ello es que la trabajadora, una vez asesorada e informada, conociendo todas las consecuencias de decisión que se la llevó a tomar, accionó en breve contra el despido realmente producido y operado por la empresa.”

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de enero de 2002, I.L. J 2202, niega eficacia al finiquito por estar basado en “causa torpe de una temporalidad inexistente”. [Vid, *infra* VI.7.B.a).]

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de mayo de 2002, I.L. J 2249, reconoce exclusivamente eficacia liberatoria de la indemnización y niega eficacia resolutoria por estar basado en causa torpe de una temporalidad inexistente. En la misma línea se muestra la STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2002, I.L. J 2348, que niega al documento eficacia liberatoria, reconociendo exclusivamente su validez en cuanto liquidación de conceptos retributivos y recibo de la misma.

A la extinción del contrato por causas consignadas válidamente en el contrato [art. 49.1.b) ET] se refiere la STSJ de Andalucía, Málaga, de 24 de mayo de 2002 (recurso 790/2002), I.L. J 1741, respecto de la extinción del contrato durante el período de prueba. El Tribunal Superior de Justicia confirma la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda por despido, ya que “para rescindir el contrato durante el período de prueba no se precisa en

absoluto ninguna formalidad ni comunicación escrita u otra exigencia, ni tampoco especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora”. Y señala que aun cuando el convenio colectivo contempla la exigencia de comunicar el desistimiento por escrito, su incumplimiento no acarrea como efecto la improcedencia de la extinción.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de marzo de 2002**, I.L. J 2227, declara la válida extinción de un contrato temporal de tres meses de duración que contenía una cláusula que fijaba el período de prueba en dos meses, ya que “los contratos temporales pueden prorrogarse y tienen límites máximos de duración pero no mínimos”. En la misma línea se muestra la **STSJ de Extremadura de 29 de octubre de 2002** (recurso 496/2002), I.L. J 2429, que falla la válida extinción de un contrato temporal en el que coincidía la duración del contrato y la del período de prueba pactado. No existe, señala la Sala abuso de derecho “cuando el derecho ejercitado está garantizado en un precepto legal”.

La **STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 2002** (recurso 910/2002), I.L. J 1964, niega la existencia de despido y califica como válida extinción la de un contrato de interinidad por vacante en el que consta que “el objeto del (...) contrato es el de conductor para el Ayuntamiento hasta que se cubra la plaza a crear por el mismo”. El nombramiento de otro trabajador que superó las pruebas de la oposición para cubrir dicha plaza, constituye válida extinción del contrato.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 2252, declara la válida extinción de un contrato de interinidad por sustitución formalizado por un año para facilitar la jubilación voluntaria de una trabajadora a los 64 años de edad. La jubilación de la trabajadora a la que se sustituye provoca la extinción del contrato de interinidad, ya que se trata de una modalidad contractual que se extingue cuando desaparece la causa de la reserva del puesto de trabajo.

A la interinidad por sustitución alude la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 28 de mayo de 2002**, I.L. J 2256, que considera válida la extinción del contrato de una trabajadora como interina por sustitución durante la incapacidad temporal y prórroga por propuesta de incapacidad permanente de la sustituida, que posteriormente fue declarada en invalidez permanente total sin previsión de revisión por mejoría, ya que la extinción del contrato de la sustituida también provoca el de la trabajadora que la sustituya.

La **STSJ de Asturias de 6 de septiembre de 2002** (recurso 1241/2002), I.L. J 2111, niega la existencia de despido y falla a favor de la válida extinción de un contrato de trabajo, con una Administración, que fue declarado indefinido, con motivo de la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo a través de concurso público, del que resultó adjudicataria otra persona.

La **STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2002**, I.L. J 1790, estudia la extinción del contrato por realización de la obra o servicio objeto del contrato [art. 49.1.c) ET]. Niega la existencia de despido y falla a favor de la válida extinción respecto de un trabajador que for-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

maliza diversos contratos temporales de obra, ya que entre los que transcurre un plazo superior a los 20 días hábiles, que es el fijado por el Tribunal supremo para declarar la inexistencia de solución de continuidad, y en segundo lugar porque aun cuando el trabajador ha realizado puntualmente otros trabajos distintos a los previstos en el contrato señala la Sala que “cuando la dedicación *ultra limes negotii* pactada, es esporádica y de escasa duración, no implica la desnaturalización de la relación suscrita”.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de mayo de 2002**, I.L. J 2247, niega la existencia de despido y falla en su lugar la válida extinción de un contrato por obra o servicio determinado con motivo del cierre de las instalaciones por conclusión de temporada.

Añade la Sala que la realización de la obra “permite ceses paulatinos según vaya siendo innecesario el personal contratado, pudiendo efectuarse lo pendiente por los más antiguos que permanecen”.

La **STSJ de Extremadura de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2423, falla a favor de la válida extinción de un contrato por obra o servicio, por finalizar los trabajos propios de la especialidad del trabajador en la obra identificada en el contrato.

A la expiración del tiempo convenido se refiere la **STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2002** (recurso 1526/2002), I.L. J 1861, que confirma la válida extinción de un contrato eventual por circunstancias de la producción con una duración total de doce meses, al que precede otro contrato temporal que responde a objeto de contratación perfectamente diferenciado, ya que el último de los contratos no excede del tiempo máximo permitido, prórroga incluida.

En similares términos se pronuncia la **STSJ del País Vasco de 23 de julio de 2002** (recurso 1534/2002), I.L. J 1862, respecto de un contrato eventual por circunstancias de la producción de 6 meses prorrogado otros seis meses más, conforme a la previsión del convenio colectivo que admite la duración de tal modalidad contractual hasta trece meses y medio, aun cuando se trate de un pacto de eficacia limitada, ya que existen actos inequívocos que demuestran la aplicabilidad del convenio, así como “el deseo de conformidad”.

“1. La trabajadora firma un contrato el 8 de enero de 2001 en el cual se especifica que el Convenio de aplicación a las relaciones contractuales es el de la empresa y como norma supletoria el de Siderometalúrgica. 2. Estamos, por tanto, ante los supuestos a que se refiere el art. 82 ET. 3. El Convenio de empresa, en su art. 13 establece que el plazo máximo de contratación eventual será el establecido en el Convenio Provincial para la industria Siderometalúrgica de Álava, sin que se especifique si el Convenio ha de ser de eficacia limitada a los afiliados o con eficacia *erga omnes*. Hay que hacer constar que el Convenio de empresa está firmado por representantes de todos los sindicatos, incluidos los que no firmaron el Convenio Provincial (...) de suerte que no pueden los afiliados a un sindicato alegar que sus representantes no firmaron el Convenio Provincial, si firmado en el de la empresa éste se remite al Provincial. 4. Por otro lado, a la trabajadora se le aplican otras normas laborales derivadas de un Convenio Provincial o de Empresa (Salarios, jornada, etc.)

sin que sea posible aplicar un precepto de un Convenio en lo que le beneficia y no el total de la norma colectiva estando prohibido lo que se conoce como espiguo.”

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 25 de abril de 2002**, I.L. J 2236, niega la existencia de despido y falla a favor de la válida extinción de una relación eventual para prestar servicios en el campo que es notificada verbalmente por el empresario. Pese a no mediar en la relación escrito ni especificación de plazo o tarea, considera la Sala válida la extinción al contemplar tal posibilidad el convenio colectivo, por remisión a la Ordenanza del Campo.

A la dimisión del trabajador prevista como causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1.d) ET] alude la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2002**, I.L. J 2194, que declara la extinción de la relación por desistimiento, en un supuesto en el que el trabajador manifestó ante otros trabajadores de la empresa su decisión de abandonar ésta, lo que “unido a su marcha real, inexistencia de prueba alguna sobre el despido alegado” hace que para la Sala no quede desvirtuado el abandono.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 5 de abril de 2002**, I.L. J 2229, confirma la extinción por desistimiento de una trabajador que anuncia a la empresa por escrito su intención de rescindir su contrato “por causarle perjuicio la adoptada modificación horaria”, llevándolo a efecto y no personándose en la empresa en días sucesivos, con lo que para la Sala no ha existido despido.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de mayo de 2002**, I.L. J 2250, niega el despido fallando la extinción por desistimiento de un trabajador que tras ser informado verbalmente de que no volviese al trabajo con motivo de una discusión con la empresa por la inasistencia al trabajo durante un día y pese a pedir posteriormente la empresa que olvidase lo ocurrido, “y se reincorporase, hizo caso omiso”, habiendo remitido posteriormente la empresa tres cartas sucesivas en las que se decía “que si la ausencia continuaba sin comunicar baja voluntaria se vería obligada a rescindir su contrato de trabajo”.

A las causas de extinción contempladas en el art. 49.1.g) se refieren diversas resoluciones:

– A la jubilación del empresario como causa de extinción de la relación laboral se refiere la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2002**, I.L. J 2192, respecto de un supuesto en el que el empresario cierra su negocio unos días antes de que se conceda su jubilación. Para la Sala “el contrato se extingue cuando el empresario se jubila, sin necesidad de esperarse para ello a que se termine el expediente de jubilación a los efectos de señalarle una pensión”.

– La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de mayo de 2002**, I.L. J 2232, considera válida extinción y no despido la producida con motivo de la declaración de incapacidad permanente total de la empresaria, para su profesión autónoma de panadera.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

– La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de julio de 2002, I.L. J 2285, alude a la incapacidad del empresario y su cese en la actividad como causa de la extinción.

B) Despido. Generalidades; presupuestos básicos y supuestos específicos

a) Calificación de la relación jurídica

En el análisis judicial del despido, se observan resoluciones que analizan la naturaleza jurídica de la relación de trabajo, valorando en su caso la existencia de relaciones laborales comunes. La STSJ de Madrid de 10 de septiembre de 2002 (recurso 2296/2002), I.L. J 2332, niega la existencia de relación laboral especial de alta dirección para el desempeño del puesto de coordinador de Programas de Previsión Sanitaria-Social y Salud laboral con la Comunidad de Madrid, ya que “de manera alguna puede entenderse que entrañarán ejercicio autónomo de poderes inherentes a la titularidad del citado organismo y relativo a sus objetivos generales”, con lo que el desistimiento unilateral impuesto por la Comunidad, constituye para la Sala “un despido carente de causa, pues la legislación laboral común no autoriza el unilateral desistimiento como medio hábil para extinguir la relación laboral ordinaria o común” y por ello declara su improcedencia.

La STSJ de Madrid de 20 de septiembre de 2002 (recurso 2956/2002), I.L. J 2338, declara la improcedencia de la extinción del contrato de una presentadora entrevistadora a la que se contrata bajo la modalidad de relación laboral de artistas. Para la Sala, las funciones de la trabajadora “no pueden calificarse como actividad artística, sino que entran dentro del campo de las ciencias de la información”, por lo que al tratarse de relación común y no especial “la extinción del contrato, al no poder ya justificarse por la existencia de un término, deviene despido improcedente”.

b) Responsabilidad empresarial por despido en las contratas y subcontratas, sucesiones y grupos de empresas

La STSJ de Madrid de 16 de julio de 2002 (recurso 2226/2002), I.L. J 2102, declara la responsabilidad solidaria de dos empresas respecto de la improcedencia del despido practicado a una trabajadora con motivo de la utilización abusiva de la personalidad jurídica de las personas físicas demandadas, al constituir una sociedad limitada en la que ostentan la condición de administradoras solidarias, “sociedad que continúa ejerciendo en el mismo local y con los mismos trabajadores idéntica actividad a la que desarrollaban aquellas como empresarios individuales, procediendo pocos meses después al cierre definitivo de la empresa alegando insolvencia económica”. Para la Sala:

“No son necesarios especiales razonamientos para deducir que la constitución de la sociedad lo fue con el único y exclusivo objeto de eludir responsabilidades de todo tipo, y en lo que aquí importa, respecto a los trabajadores. En definitiva, se ha producido un abuso de la forma jurídica en fraude de ley pues se ha utilizado la forma societaria como normativa de cobertura por las personas físicas codemandadas que son los auténticos y reales empresarios, conducta y actuación reprobada por el ordenamiento y que debe dar lugar a su responsabilidad solidaria (art. 6.4 CC y art. 44 ET).”

3. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

A) Las causas que lo motivan

Diversas resoluciones fallan la procedencia del despido disciplinario. La **STSJ de Extremadura de 16 de julio de 2002** (recurso 351/2002), I.L. J 1817, respecto de un trabajador, que es acusado de un presunto delito de corrupción y abuso de menores, hijos de compañeros de trabajo. La **STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2002** (recurso 4292/2002), I.L. J 1950, considera causa justa del despido disciplinario las ofensas verbales proferidas por un empleado de empresa de seguridad; ofensas que constituyen “un ataque frontal al honor de los ofendidos con suficiente entidad como para justificar el despido”. A la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo [art. 54.2.d) ET] se refiere la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 1 de octubre de 2002** (recurso 815/2002), I.L. J 2167, que falla la procedencia del despido de unos profesores de Universidad, que escriben unas cartas que remiten a medios de comunicación en una rueda de prensa. Considera producirse la trasgresión de la buena fe contractual, no por las manifestaciones realizadas a través de la carta dirigida a la Universidad “sino la consiguiente utilización y publicidad dada a la misma”. La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de julio de 2002**, I.L. J 2286, confirma la procedencia del despido de un trabajador que tras un proceso de incapacidad temporal disfrutó unilateralmente de un período de vacaciones, sin permiso de la empresa ni resolución judicial que lo amparase.

La **STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2002** (recurso 1251/2001), I.L. J 2345, analiza otro supuesto de trabajadora en empresa de limpiezas que decide unilateralmente tomarse sus vacaciones en el mes de julio, sin consentimiento de la empresa, faltando injustificadamente al trabajo durante un período de once días. En este supuesto la Sala falla la improcedencia de la extinción, ya que la empleada trabajaba en otra empresa de limpiezas con una jornada superior, estando por convenio la empresa que despide a la trabajadora “obligada a tenor del convenio a conceder las vacaciones en el mismo período vacacional fijado por la empresa (...) en la que la actora tenía una mayor jornada”. Tal extremo para la Sala “ha coadyuvado manifiestamente a configurar la situación que es objeto de imputación en la carta de despido”, por lo que aplicando la doctrina gradualista para la sala el “incumplimiento no tiene la entidad suficiente como para determinar la imposición de la máxima sanción”. (Vid. *Infra* Crónica VI.6.)

Otro grupo de sentencias no consideran justificado el despido disciplinario. La **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 20 de marzo de 2002** (recurso 1308/2001), I.L. J 1726, declara la improcedencia del despido practicado por utilizar expresiones irrespetuosas, ya que los hechos “siendo culpables, no revisten gravedad bastante para justificar la sanción de despido, pues los supuestos insultos no son ni siquiera palabras groseras sino expresiones más o menos fuertes que califican al testigo de terco e incompetente; y en cuanto a la supuesta amenaza se trata de una expresión genérica dicha en el contexto de una discusión, sin que exista ni ánimo de agredir ni prueba alguna de agresión o intento de agre-

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

sión”. La STSJ de Madrid de 25 de julio de 2002 (recurso 1999/2002), I.L. J 2107, declara la improcedencia del despido al entender que no se ha producido la competencia desleal ni trasgresión a la buena fe contractual por la coincidencia de que esposa e hija del trabajador ejerzan la actividad de reprografía, que no es idéntica a la del trabajador despedido. La STSJ de Madrid de 25 de julio de 2002 (recurso 2316/2002), I.L. J 2109, declara la improcedencia del despido que acude embriagado tres días a su puesto de trabajo “por no constar plenamente acreditada la repercusión negativa en el trabajo”, así como que el trabajador sólo se había embriagado tres días “apareciendo sólo una sanción por un hecho similar hace más de tres años.” [Vid. *infra* Crónica VI.7.A).]

4. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

A) Configuración y alcance de las causas

A la extinción de la relación laboral por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes que alcancen el 20 por ciento de las jornadas hábiles alude la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 5 de septiembre de 2002 (recurso 1868/2002), I.L. J 1927. La sentencia confirma la de instancia, al declarar la válida extinción de la relación laboral de un minero por faltas de asistencia al trabajo del 25 y el 40 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos [art. 52.d) ET].

La STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2002 (recurso 2675/2002), I.L. J 2343, declara la improcedencia de la extinción de un contrato por causas económicas, en el que sólo se alude a la “reducción de ingresos, no a la existencia de pérdidas”; para la Sala no existen motivos que justifiquen la amortización en el supuesto ya que no se concretó la incidencia de la amortización en el ámbito organizativo, dentro de un plan de recuperación del equilibrio de la empresa:

“la comunicación de despido no alude a resultados negativos en las cuentas del balance, escasa productividad u obsolescencia: exclusivamente se refiere a una reducción de ingresos dato que por sí solo no justifica ni acredita una situación económica negativa, máxime cuando ni tan siquiera se acredita una previsión de futuro que conduzca necesariamente a la empresa a un saldo negativo en la obtención de beneficios”.

B) La decisión empresarial de amortizar uno o varios puestos de trabajo. Artículo 52.c) ET

La STSJ de Cataluña de 3 de septiembre de 2002 (recurso 3097/2002), I.L. J 1934, niega la improcedencia de un despido objetivo practicado por un Ayuntamiento, respecto de la amortización de un puesto de trabajo de carácter indefinido. Califica la indefinición como “no sometido directa o indirectamente a término, pero que no convierte al contratado en trabajador fijo si no lo ha sido mediante la acreditación de mérito y capacidad en el correspondiente concurso público exigido por la normativa específica de la Administración pública”.

La STSJ de Valencia de 14 de febrero de 2002 (recurso 3227/2001), I.L. J 2062, declara la nulidad de la amortización de un puesto de trabajo que venía ocupando un empleado del Instituto Nacional de Estadística con carácter indefinido, dada su relación de carácter fijo-discontinuo “al no haberse cumplido por la administración demandada los trámites exigidos por el art. 53 del Estatuto de los Trabajadores”.

La STSJ de Cataluña de 5 de septiembre de 2002 (recurso 8728/2001), I.L. J 1935, analiza un supuesto de amortización de puesto de trabajo por causas económicas, en empresa con menos de veinticinco trabajadores, admitiendo la posibilidad de que el trabajador afectado reclame el 60 por ciento de la indemnización a la empresa y el 40 por ciento restante al FOGASA, sin que haya que accionar contra el despido, ya que “el hecho de que el trabajador se aquiete al despido por causas objetivas, no es obstáculo para que reclame la indemnización que le corresponde”. En la misma línea se muestra la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de marzo de 2002, I.L. J 2218, al determinar que cuando se ejercita exclusivamente la lícita acción de cantidad, no es posible examinar de oficio la previa extinción objetiva.

La STS de 30 de septiembre de 2002, Sala Cuarta, (r.c.u.d. 3828/2001), I.L. J 1988, resuelve en unificación de doctrina sobre si el empresario que acude a la vía extintiva del art. 52.1.c) ET está obligado o no a presentar un plan de viabilidad que incluya otras medidas además de la extinción del despido acordado. Niega tal extremo, ya que tal precepto sólo impone “acreditar objetivamente” la necesidad de amortizar el puesto de trabajo, de lo que no ha de deducirse que tenga que presentar plan de viabilidad alguno, o que su ausencia determine por sí misma la improcedencia de la extinción acordada. La Sala confirma el fallo de la sentencia recurrida, aunque por diferentes argumentos:

“no se ha producido el cierre de empresa que le sirvió de fundamento único para declarar la procedencia del despido. Mas tal declaración debe mantenerse, puesto que, de un lado, no es necesario de acuerdo con nuestra doctrina, el plan de viabilidad que la sentencia de instancia exigió; y concurren diversos datos: desaparición de la mayor parte de los clientes; reducción en un porcentaje tan elevado de la producción de embutidos que ha conllevado la falta de funcionalidad del puesto de trabajo del actor al que en ocasiones no se le puede facilitar ocupación; situación económica negativa con pérdidas anuales reitera trabajador con un importe anual equivalente a casi el 50 por ciento de dichas pérdidas, que, son suficientes para entender que se da una razonable conexión entre la situación económica negativa de la empresa, la amortización del puesto de trabajo del actor y su indudable contribución, de manera directa y adecuada, a la superación de la crisis”.

La STSJ de Navarra de 5 de octubre de 2002 (recurso 326/2002), I.L. J 2445, valora procedente la amortización del servicio de una psicóloga, basado en las pérdidas económicas acumuladas, y acreditada, para la Sala, la falta de viabilidad económica, la extinción del contrato de la trabajadora se “ajusta a la necesidad de racionalizar la actividad de la actividad de la empresa”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

C) Formalidades del despido y previsiones que completan su régimen de aplicación

La STSJ de Asturias de 12 de julio de 2002 (recurso 1284/2002), I.L. J 1705, declara la nulidad del despido objetivo practicado por falta de adaptación a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, ya que el empresario no puso a disposición de la trabajadora despedida la indemnización legal. Señala la Sala que la doctrina legal subraya con notable energía lo esencial del mandato y la necesidad de su escrupuloso cumplimiento, “si se quieren eludir los efectos legales de nulidad con que su infracción está conminada”.

A la extinción de los contratos por fuerza mayor [arts. 49.1.h) y 51.12 ET] alude la STSJ de Andalucía, Málaga, de 18 de septiembre de 2002 (recurso 969/2002), I.L. J 2297. La sentencia analiza el cierre de un bar por declaración de ruina del inmueble en que se encontraba ubicado, extremo que para la Sala “reúne todos los requisitos para ser considerado como un supuesto de fuerza mayor (...)” ya que “(...) el cierre ordenado por el Ayuntamiento es un suceso inevitable, insuperable e irresistible”. Ahora bien la Sala no considera válida la extinción, ya que ésta se produjo “sin solicitar la correspondiente autorización administrativa en aplicación del artículo 51.12 del ET (...) por lo que el indicado cese por fuerza mayor sin previa autorización administrativa debería ser calificado como un despido nulo, si bien en el presente caso se califica como improcedente, conforme a la expresa petición realizada en este sentido por el actor, dado que la readmisión resulta imposible por estar cerrado el centro de trabajo”.

La STS de 24 de septiembre de 2002, Sala Cuarta, (r.c.u.d. 588/2002), I.L. J 1899, resuelve en unificación de doctrina la exención de responsabilidad del FOGASA en el pago del 40 por ciento de la indemnización en un supuesto de despido colectivo de la totalidad de la plantilla compuesta por siete trabajadores, en el que no se tramitó el preceptivo Expediente de Regulación de Empleo.

“para la existencia real y efectiva, tanto del despido colectivo del art. 51 como del despido objetivo del art. 52.c), no basta con que concurran de un lado las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y de otro la decisión empresarial de extinguir los contratos de trabajo, sino que además es absolutamente preciso cumplir otros requisitos o exigencias. Así en el despido colectivo es obligado que se lleve a cabo la tramitación del ‘procedimiento de regulación de empleo’ que prescriben los números 2 y siguientes del art. 51 del Estatuto y el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, y que se dicte por la autoridad laboral la pertinente resolución autorizando las extinciones de los contratos con arreglo a los números 5 y 6 de ese artículo; y en lo que atañe al despido objetivo del art. 52.c), no sólo se han de cumplir las exigencias formales del art. 53, sino que además, para que legalmente pueda ser calificado como tal y produzca cualquiera de los efectos propios del mismo, es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los arts. 52.c) y 51.1; si estos límites no se respetan, no existe legalmente despido objetivo”.

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

A) La acción de despido

La STSJ de Andalucía, Granada, de 15 de octubre de 2002 (recurso 1752/2002), I.L. J 2369, confirma la desestimación de la demanda de despido por falta de acción, al no haberse acreditado la existencia del despido, ya que incumbe al trabajador “demostrar, al menos, la realidad de unos hechos de los que se deduzca, aunque sea por vía indiciaria, la voluntad empresarial, manifestada activa o pasivamente, de poner fin unilateralmente al contrato de trabajo”.

B) La caducidad de la acción

Declara la caducidad de la acción de despido la STSJ de Madrid de 9 de julio de 2002 (recurso 2067/2002), I.L. J 2096, al haberse producido un desistimiento previo de la demanda presentada. La sala estima la caducidad ya que el plazo no se suspende tras el desistimiento de una acción previa.

“Confunden los recurrentes el instituto de la caducidad con el de la prescripción, sin tener en cuenta que aquélla es una cuestión de orden público procesal y que su plazo no puede interrumpirse por ninguna cuestión, sino que tan sólo se suspende por las causas tasadas que establece la Ley, de manera que mientras que, efectivamente si el plazo para el ejercicio de la acción fuera de prescripción, hubiera quedado interrumpido por la presentación de la primera demanda, reiniciándose el día en que desistieron de la misma, conforme a lo dispuesto en el art. 1973 del Código Civil, no ocurre lo mismo en el ejercicio de la acción de despido, sujeta a plazo de caducidad de veinte días, susceptible tan sólo de suspensión por la interposición de la papeleta de conciliación o reclamación previa, en los términos establecidos en el art. 65 de la Ley de Procedimiento Laboral, por el tiempo señalado en este precepto, tras el cual se reanuda el cómputo del plazo; suspensión que en ningún caso puede entenderse producida por el ejercicio de la acción mediante la presentación de la demanda y posterior desistimiento del procedimiento a que dio lugar, actos que carecen de efectos suspensivos al limitarse expresamente por la norma citada a quince días desde la interposición de la papeleta de conciliación o reclamación previa por remisión del art. 73 de la misma Ley, debiendo de presentarse necesariamente la demanda rectora de la litis en la que se vaya a conocer del despido, dentro del plazo de veinte días desde el acontecimiento del despido, únicamente suspendidos por el tiempo en que tarde en celebrarse el acto de conciliación o la reclamación previa, y como máximo por quince días, que obviamente se han rebasado (...) siendo ineficaz el anterior proceso, voluntaria e injustificada-mente abandonado por los actores y por tanto desprovisto de virtualidad alguna respecto del plazo de caducidad”.

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 25 de abril de 2002, I.L. J 2235, confirma la caducidad de la acción de despido contra un Ayuntamiento “al haber superado con exceso el plazo

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

de veinte días hábiles siguientes desde aquel en que se produjo la medida resolutoria”. El trabajador que instó reclamación previa a la vía judicial, y sin recibir contestación presentó demanda por despido más de dos meses después de la reclamación administrativa.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de mayo de 2002**, I.L. J 2245, falla la caducidad de la acción de despido, respecto del practicado a un trabajador que ejercita la reclamación previa a la vía judicial habiendo transcurrido con exceso el plazo de veinte días hábiles que establece el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores.

La **STSJ de Valencia de 24 de enero de 2002** (recurso 3036/2002), I.L. J 2045, revoca la sentencia de instancia y desestima la caducidad al entender que no había transcurrido el plazo de caducidad de la acción de despido, por presentar la demanda el día hábil siguiente al vencimiento del plazo. “Como dispone el art. 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, aplicable al proceso laboral (...) la presentación de escritos sujetos a plazos puede efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo.”

Considera asimismo que la acción no ha caducado la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de julio de 2002**, I.L. J 2281, en un supuesto en el que el accionante deja transcurrir diecinueve días hábiles de los veinte que tenía para impugnar el despido, reconociendo eficacia a la presentación de la papeleta de conciliación ante otros órganos administrativos, distintos al UMAC, como ante la Inspección de Trabajo, Correos, ya que “el lugar determinante de la competencia territorial del órgano administrativo conciliador, no tiene que coincidir con el del órgano receptor de la solicitud”. Recuerda la Sala que en todo caso ha de tenerse la precaución de presentar la demanda “dentro de los quince días siguientes al que lo fue la papeleta de conciliación previa, sin esperar a la tardía celebración de ésta”.

C) El procedimiento por despido

La **STSJ de La Rioja de 18 de julio de 2002** (recurso 168/2002), I.L. J 1868, revoca la sentencia de instancia y declara la nulidad de actuaciones, mandando reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de la terminación del acto de juicio, y debiendo concederse un plazo de ocho días para aportar la querella por falsedad documental, suspendiéndose las actuaciones. El procedimiento versa sobre una demanda por despido verbal, negado por la empresa, que sostuvo en su lugar haberse producido la dimisión del trabajador. La dimisión alegada por la empresa se basaba en un documento firmado por el trabajador, respecto del que, en acto de juicio, éste no reconoció su firma así como manifestó desconocer la carta exhibida”. Para la Sala:

“la manifestación del actor implica tachar de falso el documento que se le exhibió en el acto del juicio, documento esencial a los fines del litigio, hasta el punto de que su autenticidad o falsedad implica que pueda declararse la existencia o inexistencia del despido por el que se acciona. Existe, en definitiva, una cuestión prejudicial penal que, de conformidad con lo previsto en el art. 4.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el art. 10.2

de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introduce efectos suspensivos en el proceso laboral. Por ello, el Juez a quo estaba obligado a seguir el trámite de suspensión ordenado en el art. 86.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, en cuanto que, alegada por la parte actora en el acto del juicio la falsedad de un documento aportado por la parte demandada, que podría ser de influencia notoria en el pleito, debió continuar el acto del juicio hasta el final y, con suspensión de las actuaciones posteriores, conceder un plazo de ocho días al interesado para que aporte el documento acreditativo de haber presentado la correspondiente querrela Al no haberlo hecho así el Magistrado de instancia, ha incurrido en la grave infracción procesal denunciada”.

El mismo criterio sigue la **STSJ de Asturias de 6 de septiembre de 2002** (recurso 2895/2002), I.L. J 2112, respecto de la ejecución de sentencia en reclamación de indemnización y salarios de tramitación en la que se alega falsedad documental de tal influencia en el desarrollo de la ejecución, que impidiéndola puede dejar sin contenido la sentencia firme que se ejecuta; por lo que estima procedente conceder al recurrente un plazo de ocho días, para que aporte el documento acreditativo de haber interpuesto la correspondiente querrela por falsedad.

6. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: PROCEDENCIA

Las faltas repetidas e injustificadas de puntualidad al trabajo [art. 54.2.a) ET] que dan lugar al despido son analizadas en la **STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2002** (recurso 3045/2002), I.L. J 2348. La sentencia revoca el pronunciamiento de instancia y declara la procedencia del despido de una trabajadora que es sancionada en diversas ocasiones en un período de seis meses por incorporarse a su puesto de trabajo con retraso de forma reiterada. Para la Sala la reincidencia en la comisión de falta grave en un período de seis meses, de conformidad con lo prevenido en el convenio colectivo, constituye infracción muy grave merecedora del despido.

A la indisciplina o desobediencia como causa de despido [art. 54.2.b) ET] se refiere la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 5 de abril de 2002**, I.L. J 2230. Considera la Sala grave desobediencia en el trabajo motivadora del despido “desobedecer las órdenes empresariales sobre reparto de mercancías y constatación de las entregas, órdenes plenamente legítimas” por ser acordes con el Convenio colectivo.

A las ofensas a las personas que trabajan en la empresa y a los familiares que conviven con ellos [art. 54.2.c) ET] alude la **STSJ de Extremadura de 16 de julio de 2002** (recurso 351/2002), I.L. J 1817, que confirma la declaración de procedencia del despido de un trabajador, que es acusado de un presunto delito de corrupción y abuso de menores, familiares de compañeros de trabajo. El Juzgador *ad hoc* y la Sala considera probados los hechos que motivaron la detención del trabajador, y por ello causa justificativa del despido.

-VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo-

A las ofensas verbales proferidas por un empleado de empresa de seguridad alude la **STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2002** (recurso 4292/2002), I.L. J 1950. La sentencia revoca la calificación de procedencia de instancia, ya que, “las ofensas verbales proferidas por el demandante comportan un ataque frontal al honor de los ofendidos con suficiente entidad como para justificar el despido, sin que las expresiones proferidas (...) puedan justificarse en el uso del lenguaje en determinados ambientes profesionales, al entrañar una falta de respeto y consideración de las personas contra las que se dirigieron, constituyendo una ofensa clara a la dignidad de cualquier ser humano”. Asimismo señala que si por el empresario “se impone la sanción de despido y el Tribunal acepta la calificación de la falta como muy grave, no cabe imponer un correctivo distinto”.

La trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo [art. 54.2.d) ET] motivadora de la extinción contractual es analizada en resoluciones como la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 1 de octubre de 2002** (recurso 815/2002), I.L. J 2167, respecto de unos profesores de Universidad, que escriben unas cartas que remiten a medios de comunicación en una rueda de prensa. Considera la Sala haberse trasgredido la buena fe contractual, no por las manifestaciones realizadas a través de la carta dirigida a la Universidad “sino la consiguiente utilización y publicidad dada a la misma”, que “tuvo una indudable trascendencia y repercusión social que, claramente, ponía en grave riesgo, no sólo ya el interés de nuevos alumnos de acudir o matricularse en la Universidad demandada, sino el propio prestigio de la misma, al darse a entender que el nivel académico no es que fuera el adecuado, sino que, incluso, se obtenía de forma inadecuada, subjetiva y con criterios aprofesionales”. Considera que siendo respetables y aceptables en principio las críticas de los profesores despedidos, en el ámbito interno de la institución universitaria a la que pertenecían, “al darles una trascendencia y publicidad sesgada, indebida y con unas claras repercusiones negativas para la demandada, que no podían ni debían desconocer” constituye una trasgresión que justifica el despido como procedente. Para la Sala:

“dicha repercusión, sin duda, ha ido más allá de un mero y respetable criterio o valoración profesional de los profesores que la emitieron, incidiendo de modo manifiesto y harto cuestionable, en los métodos de selección, aprobados y titulaciones de la demandada, puestos, de forma indebida, inidónea y no contrastada y matizada suficientemente, en evidencia y escarnio público. Es en dicho punto, donde debe centrarse la existencia, de la trasgresión de la buena fe contractual denunciada por la demandada, con amparo en el art. 54.2.d) ET, y la propia jurisprudencia que la desarrolla, en el sentido de que: en interpretación del art. 54.2.d) ET, la buena fe contractual es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto por su naturaleza sinalagmática general derechos y deberes recíprocos. El deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente exigible y protegido en el ámbito contractual, y la deslealtad implica siempre una conducta contraria a la que habitualmente debe observar el trabajador, respecto de la empresa, como consecuencia del postulado de fidelidad (entre otras SSTS de 22 de mayo de 1986 y 26 de enero de 1987)”.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2002**, I.L. J 2191, confirma la procedencia del despido de un operario de producción en empresa de acuicultura que comete

irregularidades como acompañar y permitir la entrada a familiares suyos en las instalaciones de la empresa en contra de las normas expresas de la empresa, entrar por la noche en la nave de reproductores con un salobre y un cubo, saliendo al poco, pese a no constar la desaparición de especie reproductora alguna, pero a la mañana siguiente apareció inundada la planta baja al haber rebosado durante la noche los tanques elevados, circunstancia que el trabajador no controló al haber salido fuera a fumar. Por último se le imputa también al trabajador, estando en turno de noche, no haber contestado las numerosas llamadas telefónicas que el jefe de mantenimiento y el director gerente de la empresa le efectuaron, sorprendiendo al trabajador dormido en su coche aparcado en el patio de la fábrica, y encontrándose todos los tanques elevados prácticamente vacíos. Previamente a los hechos sancionados y por hechos similares, el trabajador había sido sancionado con 46 días de suspensión de empleo y sueldo en marzo de 1997.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de febrero de 2002**, I.L. J 2212, confirma la procedencia del despido de un empleado que estando en situación de incapacidad temporal, por enfermedad, actúa como cantante en una fiesta municipal. Considera la sala que su comportamiento constituye una trasgresión de la buena fe contractual, ya que “si estaba impedido para consumir la prestación laboral a que contractualmente venía obligado, también tenía vedado cualquier otro tipo de quehacer, sea en interés ajeno o propio”.

La **STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2002** (recurso 3713/2002), I.L. J 2437, falla la procedencia del despido de una trabajadora por concurrencia desleal con la empresa. Para la Sala constituye una trasgresión de la buena fe contractual la concentración en la persona de la trabajadora de la condición de empleada de la empresa demandada y al mismo tiempo la de fundadora y copartícipe junto a otras personas, y sin conocimiento ni consentimiento previo de la empresa, de una nueva empresa con análogo objeto social.

La **STSJ de Navarra de 31 de octubre de 2002** (recurso 364/2002), I.L. J 2447, confirma la sentencia de instancia que declaraba la procedencia del despido de una trabajadora, que para acceder a medios y datos de Internet, a los cuales no tenía acceso en el desempeño de sus funciones, utilizó indebidamente la contraseña de la Directora del Departamento de las Tecnologías de la Información. Tal conducta constituye para la Sala “inobservancia y quebrantamiento del deber fundamental y primordial del trabajador de lealtad y fidelidad hacia la empresa”.

La **STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2002** (recurso 2146/2002), I.L. J 2349, analiza la relación de trabajo de un extranjero no comunitario sin permiso de trabajo. La Sala considera improcedente la extinción verbal, ya que la carencia del permiso de trabajo “no invalida el contrato de trabajo (...) ni puede limitar los derechos del trabajador”. “La legislación vigente obliga al empresario a solicitar el permiso de trabajo para el trabajador que pretende contratar, (...) (con lo que) la carencia de la correspondiente autorización para trabajar es imputable al empresario”.

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

7. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: IMPROCEDENCIA

A) Los diferentes supuestos determinantes de la improcedencia

A la falta de entidad suficiente de las faltas cometidas por los trabajadores se refiere la **STSJ de Navarra de 28 de junio de 2002** (recurso 171/2002), I.L. J 1647, confirma la improcedencia del despido de una trabajadora con la categoría de encargada general de una empresa de limpieza que presta sus servicios en el Hospital de Navarra. El despido que se basaba en el permiso que dio la trabajadora a otra trabajadora que iba a ser contratada para que acudiese al hospital para presenciar cómo se desarrollaban las tareas de limpieza en el turno de noche, que eran las que se iban a adjudicar a la nueva trabajadora una semana después. Para la Sala los hechos no revisten la gravedad y culpabilidad suficiente como para merecer el despido.

La **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 20 de marzo de 2002** (recurso 1308/2001), I.L. J 1726, estima el recurso de suplicación, revoca la sentencia de instancia que declaró la procedencia del despido y falla su improcedencia, respecto de un trabajador que utiliza expresiones irrespetuosas como “cabeza cuadrada, pricoso, inútil”, y “díme dónde vives que te voy a romper la cabeza”. Para la Sala, los hechos “siendo culpables, no revisten gravedad bastante para justificar la sanción de despido, pues los supuestos insultos no son ni siquiera palabras groseras sino expresiones más o menos fuertes que califican al testigo de terco e incompetente; y en cuanto a la supuesta amenaza se trata de una expresión genérica dicha en el contexto de una discusión, sin que exista ni ánimo de agredir ni prueba alguna de agresión o intento de agresión”.

Refiere la Sentencia los requisitos jurisprudenciales del incumplimiento grave y culpable que concreta en los siguientes:

“a) Que ambos requisitos son de exigencias acumulativas. b) Que la culpabilidad no ha de ser necesariamente dolosa, admitiéndose la simple falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones. c) Que para determinar la existencia de la gravedad y de la culpabilidad han de ponderarse todos los aspectos objetivos y subjetivos, teniendo presentes los antecedentes, de haberlos, y las circunstancias coetáneas, así como las circunstancias concurrentes y la realidad social. d) Que hay que proceder a la aplicación del principio de proporcionalidad y adecuación entre el hecho, la persona y la sanción para buscar en su conjunción la auténtica realidad de que ella nace, a través de un análisis específico e individualizado de cada caso concreto, con pleno y especial conocimiento del factor humano.”

La **STSJ de Madrid de 25 de julio de 2002** (recurso 1999/2002), I.L. J 2107, declara la improcedencia del despido al entender que no se ha producido la competencia desleal imputada a un trabajador de una empresa de reprografía, cuya esposa e hija ejercen la actividad de reprografía, que no es idéntica a la del trabajador despedido. Considera la Sala que no se ha producido una trasgresión de la buena fe contractual, y determina los elementos necesarios para que exista competencia desleal que concreta en: “1) La existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbi-

to mercantil. 2) la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio, y 3) que tal utilización redunde en desmérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa.”

Analiza la Sala si concurren los referidos elementos, llegando a una conclusión negativa, por cuanto:

“la actividad de reprografía que ejercen la esposa y la hija, que no el actor, en el local de Parla, no es idéntica a la llevada a efecto por la, demandada ‘Fragma Reprografía, SL’, según folleto publicitario aportado en las actuaciones que se da por reproducido en la sentencia de instancia, ni abarca la misma zona geográfica, al estar ubicada en la localidad de Parla, ni se advierte en las presentes actuaciones que el ejercicio de tal actividad profesional redunde en desmérito o perjuicio para los intereses de la demandada, ya que aun teniendo en cuenta la trayectoria profesional del actor, con categoría de Jefe de Taller de Reprografía, con una innegable experiencia y formación, y acceso a múltiple información de la empresa, ésta no ha sido utilizada en su propio beneficio, como se hace constar en la propia carta de despido (...), en la que se hace referencia a una ‘potencial derivación de la información’, y a una ‘lógica pérdida de interés en su puesto de trabajo’, que no se advierten en las presentes actuaciones, abundando en lo anterior, que la actuación o intervención personal del actor en la explotación del ‘negocio concurrente y competidor’, a tenor de su horario en la mercantil ‘Fragma Reprografía, SL’, de 9 a 14 horas y de 16 a 19 horas (...), es muy limitada, ejerciendo la actividad de reprografía, su hija y su esposa, sin conocimientos específicos en reprografía y dedicada en el mismo local a la actividad inmobiliaria, y sin que el mero asesoramiento y puesta en contacto con los proveedores, para la adquisición del material reprográfico, posea la suficiente entidad como para generar la sanción máxima (...)”

A la embriaguez habitual o toxicomanía como causa del despido disciplinario [art. 54.2 f)] se refiere la **STSJ de Madrid de 25 de julio de 2002** (recurso 2316/2002), I.L. J 2109. Declara la improcedencia del despido “por no constar plenamente acreditada la repercusión negativa en el trabajo”, así como que el trabajador sólo se había embriagado tres días “apareciendo sólo una sanción por un hecho similar hace más de tres años”.

Al acoso moral o “mobbing” alude la **STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2002** (recurso 2318/2002), I.L. J 2344. La confirma la sentencia de instancia, estimatoria de la petición subsidiaria de improcedencia del despido al entender que la situación padecida por la trabajadora no puede calificarse como acoso moral o “mobbing”, al no apreciarse ninguna de las conductas que la doctrina especializada incluye en esta modalidad. Define el “mobbing” como “atacar o atropellar, término traducido como psicoterror laboral u hostigamiento psicológico en el trabajo” para referirse a una situación en la que una persona se ve sometida por otra u otras en su lugar de trabajo a una serie de comportamientos hostiles. Con alusión directa a la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de diciembre de 1991 relativa a la protección de la Dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, así como al código de conducta para combatir el acoso sexual, y a la Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991, concreta como conductas inaceptables, si:

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

“A) Dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva para la persona objeto de la misma; B) la negativa o el sometimiento de una persona a dicha conducta por parte de empresarios o trabajadores (incluidos los superiores o compañeros) se utilizan de forma explícita o implícita como base para una decisión que tenga efectos sobre el acceso de dicha persona a la formación profesional y al empleo, sobre la continuación del mismo, los ascensos, el salario o cualesquiera otras decisiones relativas al empleo, y/o; C) Dicha conducta crea un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto de la misma” (...) “la doctrina especializada incluye en esta categoría de *mobbing* las siguientes conductas: 1) Ataques mediante medidas adoptadas contra la víctima: el superior le limita las posibilidades de comunicarse, le cambia la ubicación separándole de sus compañeros, se juzga de manera ofensiva su trabajo, se cuestiona sus decisiones; 2) Ataques mediante aislamiento social; 3) Ataques a la vida privada; 4) Agresiones verbales como gritar o insultar, criticar permanentemente el trabajo de esa persona; 5) Rumores: criticar y difundir rumores contra esa persona”.

La **STSJ de Valencia de 6 de febrero de 2002** (recurso 3104/2001), I.L. J 2052, declara la improcedencia del despido de un trabajador discapacitado durante el período de prueba, y revoca la sentencia de instancia que consideraba ajustada a derecho la cláusula contractual que establecía un período de prueba de seis meses adoptado por la Dirección, la psicóloga y un monitor, al no haberse determinado por el equipo multiprofesional referido en el Real Decreto que regula esta relación laboral. La Sala razona que:

“de conformidad con el art. 10.2 del RD 1368/1985 es el equipo multiprofesional el que debe determinar la necesidad de establecer el período de adaptación al que puede ser sometido el trabajador disminuido y las condiciones que deben regir el mismo, y este equipo multiprofesional no es cualquiera de los decididos por la empresa, sino las Unidades de Valoración tal y como se señala en la Disposición Transitoria Única del reglamento (...). Lo que viene a corroborar su art. 5”, al disponer que un ejemplar del contrato se remitirá por la Oficina de Empleo al equipo multiprofesional correspondiente. De donde cabe deducir que los mencionados equipos son unidades ajenas a la empresa y no pueden ser sustituidas por órganos de creación de ésta”.

A la sucesión de contratas de limpieza se refiere la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 25 de septiembre de 2002** (recurso 790/2002), I.L. J 2121. Considera la Sala, que el hecho de que la nueva titular de la contrata no accediera a la subrogación conforme a lo previsto en el convenio colectivo, constituye un despido improcedente. [Vid. *supra* Crónica VI.3.A).]

A la improcedente extinción de contratos temporales se refieren diversas resoluciones:

– La **STSJ de Madrid de 21 de junio de 2002** (recurso 1935/2002), I.L. J 1636, falla la improcedencia de la extinción de un contrato temporal para atender a circunstancias del mercado con una duración de tres meses, que califica contrato irregular, al estar motivado en la apertura de un nuevo centro de trabajo, como consecuencia de un contrato de servicios suscrito con la Dirección General de Tráfico para la realización del servicio de cafetería y cocina durante un año. Para la Sala la modalidad contractual temporal adecuada hubiese sido un contrato de obra o servicio determinado.

Niega la Sala la existencia de ánimo defraudatorio en la contratación, extremo que no impide que el contrato no se atuvo a la norma, ya que “la acumulación de tareas o exceso de pedidos no se generó en el quehacer común de la empresa, sino como consecuencia y ocasión de la apertura de un nuevo centro de trabajo en razón a lo cual la vía adecuada a utilizar hubiera sido la modalidad temporal del contrato para obra o servicio determinado” (...) “de ahí que el grave quebrantamiento normativo apreciado genera indefinición en la relación mantenida, y el cese denunciado haya de considerarse como un despido improcedente”.

– La **STSJ de Extremadura de 3 de julio de 2002** (recurso 291/2002), I.L. J 1816, considera improcedente la extinción de un contrato temporal para atender a circunstancias de la producción en una empresa de refrigeración industrial, ya que si bien el contrato podría estar justificado “por la acumulación de tareas que se produjo en los meses estivales por la mayor demanda estacional de aparatos de aire acondicionado”, no parece justificada la prórroga del contrato por otros tres meses más, “los de septiembre, octubre y noviembre, durante los que ni se acredita que existiere acumulación de tareas alguna”.

“Desaparecida la causa de la temporalidad, al menos la prórroga ha de considerarse en fraude de ley y el contrato se convierte en concertado por tiempo indefinido, tal como prescribe el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores.”

– La **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 29 de julio de 2002** (recurso 1618/2002), I.L. J 1815, resuelve sobre las extinciones de contratos de tres trabajadores, dos camareros y una personal de limpieza que suscriben sucesivos contratos temporales, algunos viciados de origen, para prestar sus servicios en una Residencia Universitaria de titularidad de la Universidad de Salamanca. La extinción motivada en el cierre del comedor de la residencia, no es ajustada para la Sala, por lo que declara la improcedencia de los despidos, ya que “la supresión de un puesto de trabajo requiere la previa modificación de la correspondiente relación de puestos de trabajo en la forma y con los requisitos establecidos y debe de ser acordada por quien tiene atribuida la competencia para ello”.

“Por ello las plazas interinadas por los actores subsisten aunque el servicio de comedor de tal residencia en el que prestaban sus servicios haya sido cerrado, circunstancia que, si bien podría haber habilitado la terminación del vínculo por causas objetivas, no es justificativa de la terminación de la interinidad por vacante, máxime cuando los propios estatutos prevén que todos los puestos de trabajo contenidos en la plantilla serán de adscripción indistinta para todo el personal no docente que presta sus servicios en la Universidad de Salamanca, siempre que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.” Así como que “El derecho a la autonomía universitaria (...) no puede significar en modo alguno que quede exonerada, cuando actúa como empresario, de ajustarse en la celebración y conclusión de los contratos temporales que realiza al ordenamiento que sirve de parámetro de su legalidad.”

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

– La **STSJ de Murcia de 21 de octubre de 2002** (recurso 1036/2002), I.L. J 2188, falla a favor de la declaración de la relación laboral indefinida “por fraude de ley” de los contratos temporales suscritos, en un supuesto en el que la trabajadora firma hasta ocho contratos eventuales por circunstancias de la producción o para atender el aumento de trabajo y considera el despido improcedente por carecer de causa”.

– La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de enero de 2002** (recurso 1036/2002), I.L. J 2202, analiza la extinción de un contrato temporal por obra determinada al que le había precedido otro previo con una empresa dedicada a la actividad de tonelería, siendo la categoría profesional de tonelero. Para la Sala el cese por terminación de la tarea objeto del contrato constituyó despido que se califica como improcedente.

– La **STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2002** (recurso 3045/2002), I.L. J 2378, declara la improcedencia de la extinción de un contrato por obra o servicio que establecía como función del trabajador introducir en el mercado horchata de melón que iba a producir una planta piloto, que resultó inviable por no conseguir solucionar el problema de caducidad de los productos, no habiendo podido fabricar más que la mermelada de melón. Para la Sala la descripción de las funciones de la trabajadora no se corresponde con una obra o servicio con autonomía y sustantividad propia”.

– La **STSJ de Murcia de 15 de julio de 2002** (recurso 706/2002), I.L. J 1850, confirma la improcedencia de la extinción de un contrato de trabajo en prácticas de un diplomado en empresariales al haber incurrido la empresa en fraude de ley en la contratación al haber destinado al trabajador “a la realización de tareas que no guardan relación alguna con el nivel de estudios cursados”, por tratarse de funciones, como la recepción y envío de siniestros, revisión de pólizas, realizar algún proyecto y tareas administrativas como hacer y llevar el correo, manifiestamente inadecuadas al nivel de titulación, “para cuya realización no se requiere el título de diplomado en empresariales, pudiendo desempeñarlas empleados carentes de dicha titulación superior”.

Son requisitos esenciales para la validez del contrato de trabajo en prácticas: “1. Que el trabajador disponga de un título apto para la formalización de este tipo de contratación; 2. Que sea destinado por la empresa a un puesto de trabajo que conlleve la realización de tareas y funciones que efectivamente permitan la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de la titulación”(…) “No podemos olvidar que el contrato de trabajo en prácticas tiene como único objeto la adquisición por el trabajador de los conocimientos prácticos necesarios para el ejercicio de la profesión cuya titulación ostenta para completar de esta forma los conocimientos teóricos ya adquiridos durante el período de enseñanza, y esta especial finalidad es la que justifica la duración temporal de este tipo de contratos contra el criterio general de duración indefinida que rige en nuestro ordenamiento” (...) siendo la “finalidad del contrato en prácticas la de permitir al trabajador aplicar y perfeccionar sus conocimientos facilitándole una práctica profesional adecuada a su nivel de estudios, de modo que si falta la condición esencial de este tipo de contratación excepcional, se burla la finalidad contractual pactada”.

La STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2002 (recurso 2025/2002), I.L. J 2373, falla a favor de la existencia de una relación laboral en un centro escolar, tácitamente consentida por la Consejería de Educación y Ciencia, de cuya improcedente extinción debe responder el Órgano Autonómico. Para el Tribunal no es óbice, “que *ab initio* no se hayan cumplido los trámites previstos en la Ley de Ordenación de la Junta de Andalucía, en relación a los principios de mérito y capacidad; (...) ello no obsta para que deba responder de una actuación irregular”.

B) Consecuencias derivadas: la opción entre readmisión o indemnización

a) La indemnización: cuantía y cálculo

Diversas resoluciones analizan la antigüedad del trabajador a efectos de la determinación de la indemnización que corresponde por despido improcedente, fallando a favor del cómputo de todo el tiempo trabajado en la empresa, con independencia de la modalidad contractual realizada, y siempre que en los supuestos de sucesión de contratos temporales no se supere el plazo de los veinte días hábiles que fija el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores para ejercitar la acción por despido.

– Computa todo el tiempo trabajado en la empresa, a efectos de antigüedad la STSJ de Madrid de 7 de junio de 2002 (recurso 1883/2002), I.L. J 1627, respecto de relaciones laborales sucedidas en el tiempo sin solución de continuidad, que la sala califica fraudulentas.

– La STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2002, I.L. J 1660, reconoce el cómputo de todo el tiempo trabajado en la empresa a efectos de la determinación del importe de la indemnización por despido improcedente “cualesquiera que hayan sido las modalidades de contratación celebradas”.

– La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de enero de 2002 (recurso 1036/2002), I.L. J 2202, analiza la extinción de un contrato temporal por obra determinada al que le había precedido otro previo con una empresa dedicada a la actividad de tonelería, siendo la categoría profesional de tonelero. Cese por terminación de la tarea objeto del contrato que constituye despido improcedente.

“Entre los dos contratos medió una separación inferior a veinte días hábiles, (...) por lo que la antigüedad del primer contrato también se tiene en cuenta para la determinante de la indemnización.”

b) Salarios de tramitación

A la minoración del importe de los salarios de tramitación alude la STSJ de Andalucía, Málaga, de 4 de junio de 2002 (recurso 667/2002), I.L. J 1757, como consecuencia de

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

la prestación de servicios del trabajador improcedentemente despedido para empresa distinta de la que lo despidió, durante la sustanciación del proceso. La Sala al no haber precisado la empresa el importe percibido en el nuevo empleo, fija el importe del salario mínimo interprofesional, para su descuento de los salarios de tramitación.

La Sentencia alude al criterio unificado, aludiendo a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1992, según la cual:

“el art. 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores pone claramente de manifiesto que es al empresario a quien incumbe la carga de probar lo percibido por el trabajador para su descuento de los salarios de tramitación, de tal manera que si resulta acreditado que el trabajador permaneció empleado durante cierto tiempo pero no consta cuál fuera su retribución, esta prueba incompleta no puede perjudicar al trabajador, quedando sujeto el descuento por el importe de los salarios que en principio serían debidos por el empresario que lo despidió improcedentemente, pues no cabe duda que los abonados por el otro empresario podrían ser inferiores, y no puede argumentarse que, en tal caso, es el trabajador quien debería haber probado esa menor cuantía, pues con ello se introduce un desplazamiento de la carga de la prueba sin apoyo legal alguno. Ahora bien, concluye la indicada sentencia, cuando la empresa no prueba la concreta cantidad percibida por el trabajador en otro empleo, y tan sólo se ha acreditado la efectiva prestación de servicios por cuenta de la otra empresa, la cantidad a pagar en concepto de salarios de tramitación es la que resulte de restar al importe total de los salarios de tramitación devengados, el salario mínimo interprofesional más el prorrateo de pagas extraordinarias correspondientes a dicho período, es decir, a falta de acreditación de la cuantía de los salarios percibidos en otro empleo debe deducirse la suma correspondiente al salario mínimo interprofesional vigente en el período de referencia”.

La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 9 de julio de 2002 (recurso 615/2002), I.L. J 1803, estima el recurso de suplicación, en un supuesto de despido improcedente. Declara que la empresa recurrente no tiene que satisfacer los salarios de tramitación por encontrarse la trabajadora en situación de Incapacidad Temporal con anterioridad al despido.

Alude la sentencia al criterio jurisprudencial unificado en este sentido, de que “corresponde a la Entidad Gestora el abono del subsidio por ILT cuando ésta se ha producido durante el período en que el trabajador tiene derecho al percibo de salarios de tramitación por despido nulo o improcedente en su caso como en donde el actor comienza la ILT después de ser despedido”.

La STSJ de Extremadura de 18 de octubre de 2002 (recurso 482/2002), I.L. J 2427, considera que ha de operar la limitación en el pago de los salarios de tramitación hasta la fecha de celebración del acto de conciliación prevista en el art. 56.2 del ET, ya que “el error en la consignación efectuada por la empresa era excusable”.

c) Readmisión

La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 8 de julio de 2002 (recurso 1378/2002), I.L. J 1813, niega haberse producido readmisión irregular respecto de un supuesto de read-

misión en un nuevo centro de trabajo de la misma localidad, con motivo del cierre del centro de trabajo en el que en su día prestó servicios el trabajador improcedentemente despedido. Afirmando asimismo que la calificación de la regular readmisión, no atenta contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

“El derecho a la tutela judicial efectiva que sanciona el art. 24.1 de la Constitución Española, que comprende no sólo el derecho de acceso a los Tribunales para interponer pretensiones y oponerse a ellas, sino también el de obtener por parte del órgano judicial una resolución motivada, razonada y congruente con las pretensiones apuntadas –garantía esencial del justiciable que permite comprobar si la resolución dada al caso es desenlace de una exigencia racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad– no ha sido conculcado en la resolución que se censura, y el que su valoración de la prueba no coincida con la que efectúa la recurrente no supone vulneración alguna de aquel derecho ni menoscaba las garantías jurídicas a que alude el art. 9.3 de la Constitución Española y que deben acompañar a toda contienda litigiosa para que se cumplan los fines del proceso, en cuanto a la tutela adecuada de los contrapuestos derechos e intereses particulares que en él se discuten.”

La STSJ de Madrid de 9 de julio de 2002 (recurso 1424/2002 bis), I.L. J 2093, declara haberse producido readmisión irregular de un trabajador cuyo despido fue declarado nulo. Señala el Tribunal la necesidad de que se produzca la restitución íntegra al trabajador como si el despido no hubiera existido, no siendo causa justificativa de la novación contractual pretendida por la empresa la desaparición formal del Departamento a cuyo frente se encontraba el trabajador, ya que las áreas de responsabilidad que tenía a su cargo pasaron a depender de otros Departamentos; reorganización departamental, que según la Sala permite a la empresa la correcta ubicación del trabajador.

Motiva la Sala que para que el principio de tutela judicial efectiva se haga realidad y se repare la lesión de un derecho fundamental causado por la empresa:

“es preciso que la readmisión se produzca en función de una restitución íntegra del ‘status precedente’, ya que otra cosa sería desconocer el espíritu que anima la institución de protección jurídica de los Tribunales que para alcanzar su verdadera finalidad exige que el trabajador se integre nuevamente en la empresa en la situación que mantenía con anterioridad, en cuanto al sueldo, categoría, actividad, régimen de trabajo (...) pues lo contrario conduciría tanto a desconocer la tutela judicial otorgada al demandante como a una novación del contrato, impuesta unilateralmente por la empresa, sin voluntad adhesiva del trabajador, sino con su oposición, y a una transformación de la relación jurídico-laboral opuesta a lo que sin duda es el fin de las normas que regulan esta institución en el sentido de restituir al trabajador a su posición en la empresa, como si el despido no se hubiera producido. Para ello no es obstáculo la desaparición formal del Departamento a cuyo frente se encontraba el actor pues las áreas de responsabilidad que tenía a su cargo han pasado a depender de otros Departamentos, cuyo número sigue siendo el mismo: la reorganización departamental y las divisiones funcionales efectuadas permite a la empresa la correcta ubicación del actor, trabajador con amplia experiencia y dedicación a los servicios de la

VI. Despido y Extinción del Contrato de Trabajo

demandada, en puesto de trabajo del que se pueda declarar que pese a aquéllas el actor ha sido readmitido como si el despido no hubiese tenido lugar”.

La **STSJ de Madrid de 9 de julio de 2002** (recurso 1424/2002 bis), I.L. J 2095, declara haberse producido readmisión irregular de un trabajador cuyo despido fue declarado nulo. Niega la Sala la posibilidad de que extinga la relación laboral, ya que “si la actividad empresarial permanece viva, no cabe aplicar, ni aún por vía analógica el art. 284 LPL”. Revoca el auto del juzgado que acordaba la extinción laboral, y determina la obligación de proseguir la ejecución, “acudiendo si lo considera conveniente a las medidas previstas en el art. 239.2 de la Ley Procesal”.

8. CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO: NULIDAD

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

Niega la concurrencia de requisitos para la declaración de nulidad del despido la **STSJ de Aragón de 8 de julio de 2002** (recurso 571/2002), I.L. J 1696, y confirma la sentencia de instancia que declaraba la improcedencia del despido. El supuesto que analiza la extinción del contrato de una trabajadora por el servicio Aragonés de la Salud, que no ve transformada su relación en indefinida, a diferencia de otras trabajadoras en la misma empresa. La trabajadora que alega discriminación producida con motivo de la excedencia para el cuidado de un hijo solicitada siete meses antes de la extinción de su contrato. Para la Sala “faltan dos requisitos esenciales para la nulidad del despido, en primer lugar la situación misma de excedencia de la trabajadora, ya que la trabajadora extinguió la misma (al reincorporarse) antes del final del contrato, y en segundo lugar, el despido propiamente dicho, ya que no hubo tal, sino decisión empresarial de cese del contrato por llegar a su término.”

La **STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2002** (recurso 4071/2002), I.L. J 1951, declara la nulidad del despido de una trabajadora con más de treinta años de antigüedad en la empresa, cuyo móvil, reconocido expresamente por la empresa, residía en la situación de incapacidad temporal en la que permaneció la trabajadora durante siete meses.

“aparece como único móvil aparente de la actuación empresarial, la represalia por el legítimo ejercicio, por parte de la actora, con más de treinta años de antigüedad en la empresa, a causar baja médica, sin que esta última (...) haya justificado en modo alguno dicha decisión.”

A la garantía de indemnidad alude la **STSJ de Madrid de 2 de julio de 2002** (recurso 1831/2002), I.L. J 2092. La sentencia declara la nulidad del despido practicado a un trabajador que “colabora en la prestación de servicios en el establecimiento regentado por su cónyuge durante el proceso de incapacidad temporal”, ya que no tiene, a criterio de la Sala, la gravedad necesaria como para justificar el despido, ya que no consta que (...) incidiera de forma negativa en el proceso de incapacidad, ni alargó la duración del mismo, no pudiéndose calificar la conducta de culpable”, ni el despido procedente. Sin embargo,

el dato indiciario de la presentación de la demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo interpuesta por el actor con fecha 4 de octubre de 2001, y la vulneración del derecho a la indemnidad, sí constituyen indicios suficientes para la Sala a la hora de valorar la nulidad del despido.

Señala la Sala a tener en cuenta:

“el carácter esporádico y excepcional de la colaboración (no permanecía en la tienda toda la jornada), la gran antigüedad del actor que presta sus servicios para la demandada desde el año 1971 y la buena fe que ha presidido su relación con la empresa, no habiendo sido sancionado durante tan dilatado período, de todo lo cual ha de concluirse que no ha acreditado la empleadora, como le correspondía (...) ni la mala fe del trabajador, ni su culpabilidad, ni la gravedad de su conducta, al no haber existido consecuencia alguna derivada de la actividad realizada por el mismo durante el período de baja que se declara probado” (...) “El dato indiciario de la presentación de la demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo interpuesta por el actor con fecha 4 de octubre de 2001, y la vulneración del derecho a la indemnidad alegado por el trabajador en el acto de juicio, hacen colegir a la Sala, que efectivamente el despido practicado por la empleadora con fecha 31 de octubre de 2001, tras un seguimiento con detective privado, es una represalia directa a la reclamación judicial del trabajador, de modo que no ha justificado debidamente, la patronal, que el citado despido obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito contrario al derecho a la indemnidad consagrado en el art. 24.1 de la Constitución.”

La STSJ de Asturias de 31 de octubre de 2002 (recurso 1901/2002), I.L. J 2384, revoca la sentencia de instancia y declarara la nulidad del despido verbal de una trabajadora, que se produce como represalia por haber denunciado a la Inspección de Trabajo su falta de alta en la Seguridad Social, ya que no existe prueba de la empresa, de la existencia de causas para el despido, absolutamente extrañas al móvil alegado por la trabajadora.

M^a. CARMEN ORTIZ LALLANA

M^a. CONCEPCIÓN ARRUGA SEGURA

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

Sumario:

1. Libertad sindical. A) Titularidad de la libertad sindical. B) Contenido de la libertad sindical. C) Secciones y delegados sindicales. Derecho de reunión y libertad de expresión. D) Proceso de tutela de la libertad sindical. E) Autonomía de las organizaciones sindicales. **2. Representación unitaria de los trabajadores.** A) Representantes liberados. Retribución. **3. Conflictos colectivos.** A) Objeto del proceso de conflicto colectivo. B) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo. C) Legitimación procesal en los procesos de conflicto colectivo. D) Sentencia evacuada en el proceso de conflicto colectivo. **4. El derecho de huelga.** A) Límites del derecho de huelga. B) Ámbito geográfico de afectación. C) Derecho de huelga y desempleo.

1. LIBERTAD SINDICAL

A) Titularidad de la libertad sindical

Es doctrina consolidada tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo que los órganos de representación unitaria de los trabajadores no ostentan la titularidad del derecho fundamental reconocido en el art. 28.1 de la Constitución. Pues bien, en la **STSJ de Castilla y León de 22 de octubre de 2002**, I.L. J 2182, se advierte que tampoco alcanza este derecho a los miembros de estos órganos. En aquella ocasión el problema se planteaba con la retribución de un miembro del comité de empresa parcialmente liberado, al que no se había reconocido un concepto salarial vinculado a la obtención de un número mínimo de puntos en un sistema de evaluación por resultados por no haber alcanzado dicho umbral. Cuando el trabajador acudió a los tribunales para que tal actuación empresarial fuese catalogada como conducta antisindical, el Tribunal de Justicia de Castilla y León le recordó que no podía invocar el derecho de libertad sindical en cuanto miembro del comité de empresa, dado que este órgano de representación unitaria no es titular de la libertad sindical ni en su aspecto colegiado ni en el individual, al tener origen en una ley ordinaria y no en la Fundamental. También recuerda el Tribunal que esta falta de titularidad no se altera porque el comité de empresa se encuentre sindicalizado, como ya indicara en su día la jurisprudencia constitucional (entre otras en la STC 74/1996).

B) Contenido de la libertad sindical

El contenido de la libertad sindical, como se recuerda en la **STS de Murcia de 7 de octubre de 2002**, I.L. J 2185, no se limita a los derechos reconocidos en el art. 28.1 de la Constitución. Este precepto no actúa como *numerus clausus*, con un contenido restrictivo y cerrado, circunscrito a la posibilidad de fundar sindicatos y afiliarse a ellos; a la formación de confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Mas al contrario, el derecho de libertad sindical ampara en general el derecho a la actividad sindical, entendida ésta de forma amplia y en toda su extensión (art. 2.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical).

En esta línea, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la vertiente individual del derecho de libertad sindical comprende también el derecho de los trabajadores a participar en los órganos de representación unitaria, por mucho que estos órganos, como se advertía en el apartado anterior, no sean titulares del derecho fundamental. Es más, este derecho persiste aun cuando el trabajador haya sido despedido mientras no medie resolución judicial que confirme la sanción impugnada. Así se mantiene en la **STSJ de Madrid de 11 de julio de 2002**, I.L. J 1629. En aquella ocasión, el interesado había sido incluido en la lista de un sindicato en las elecciones al comité de empresa, y antes de que se celebrasen las votaciones fue despedido. El sindicato lo mantuvo en las listas, postura que obtuvo respaldo a través de un laudo arbitral (evacuado ante la impugnación empresarial de la decisión sindical), y fue elegido representante. Sin embargo, a la hora de acudir a una de las reuniones del comité, el empresario le negó el acceso aduciendo que ya no formaba parte de la empresa. Pues bien, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la resolución citada reconoció el derecho del trabajador a ejercer las funciones propias de su cargo representativo mientras no se confirmase judicialmente el despido, declarando la conducta empresarial lesiva del derecho de libertad sindical del trabajador, y del sindicato al que estaba afiliado, y atribuyendo a ambos legitimación para la interposición de una demanda por el proceso especial de tutela de la libertad sindical.

En su vertiente colectiva, la libertad sindical alcanza al derecho de los sindicatos a formar parte de los órganos específicos de seguridad y salud de la empresa. La Ley no aclara cuál ha de ser el criterio para concretar su composición, pero sí lo ha hecho la jurisprudencia que, como se advierte en la **STSJ de Murcia de 7 de octubre de 2002**, I.L. J 2185, ha optado por cubrir esta laguna acudiendo al criterio de la proporcionalidad, y no al de la mayoría en los órganos de representación unitaria. No obstante, conviene tener presente que el Tribunal Supremo ha sostenido en reiteradas ocasiones que la participación de los sindicatos en este tipo de órganos no tiene que resultar siempre de la estricta aplicación de este principio, en tanto que se trata de órganos meramente instrumentales, que carecen de funciones representativas y decisorias, y de capacidad negociadora. De ahí que deba entenderse que aunque la proporcionalidad funciona en defecto de previsión legal específica, su entrada no es absoluta y puede ceder frente a otros criterios, cuya aplicación resulte más razonable en atención a la finalidad perseguida por el órgano en cuestión.

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

C) Secciones y delegados sindicales. Derecho de reunión y libertad de expresión

Como es sabido los derechos de los órganos sindicales de representación pueden ser mejorados vía convenio colectivo. Uno de los derechos que puede ser objeto de mejora es el derecho de reunión sindical, y salvo que la norma circunscriba la ampliación a las secciones de los sindicatos que tengan determinada presencia en la representación unitaria, el derecho alcanzará a todas las secciones, aun cuando sean minoritarias en la empresa. Así parece deducirse del fallo de la **STSJ del País Vasco de 2 de julio de 2002**, I.L. J 1851, en un asunto en el que se mejoraban para los trabajadores las exigencias del art. 77 ET en materia de legitimación para convocar asambleas, admitiendo que también lo hiciesen las secciones sindicales sin ninguna otra indicación, pese a lo cual el empresario había rechazado la solicitud de varias secciones minoritarias de usar un local de la empresa para la convocatoria de una asamblea. Impugnada la decisión empresarial, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco entendió que como el convenio reconocía el derecho a las secciones sindicales sin exigir que fuesen mayoría en la representación unitaria, las demandantes podían ejercitarlo aunque perteneciesen a sindicatos minoritarios en el comité de empresa.

Uno de los derechos de mayor relevancia de los representantes sindicales es el derecho a informar a los trabajadores de las cuestiones que resultan de su interés, respetando su deber de sigilo profesional. Cuando este derecho se ejercita a través de un medio de comunicación, extramuros del estricto ámbito de la empresa, cabe preguntarse si supone el ejercicio del derecho de libertad sindical. La relación entre este derecho cuando se ejercita por un representante sindical y la libertad sindical no está clara, y muestra de ello es la confusión que resulta de los términos de la **STC de 11 de noviembre de 2002**, I.L. J 2033, en un asunto en el que un delegado sindical había publicado un artículo en un diario en el que se leía que el sindicato al que pertenecía pedía la dimisión del jefe del servicio médico de la empresa por el contenido de un informe que había elaborado sobre el absentismo en la empresa, informe que el empresario calificaba de confidencial y al que el delegado sindical había tenido acceso no porque se lo proporcionase la empresa sino porque su contenido se había divulgado (no se indican las fuentes) por todo el centro de trabajo. Este hecho mereció para la empresa la consideración de una transgresión de la buena fe y del sigilo profesional, y sancionó al trabajador, que impugnó la decisión en instancia y luego ante el Tribunal Superior de Justicia, alegando simplemente lesión de su libertad de expresión, y posteriormente ante el Tribunal Constitucional, añadiendo a sus alegaciones la lesión del derecho de libertad sindical, añadido tolerado por el Supremo Intérprete de la Constitución.

La cuestión, tal como la plantea el Tribunal en los primeros fundamentos de la sentencia, está en concretar cómo debe integrarse la libertad de expresión en el derecho de libertad sindical cuando el primero se ejercita en el marco de un mandato representativo. El problema es que esta integración se presenta como un intento de proporcionar mayor protección al derecho reconocido en el art. 20 de la Constitución, pero el resultado no puede distar más de esta pretensión inicial, como bien se indica en el Voto Particular que acompaña a la sentencia. Es cierto que en este asunto el Tribunal termina concediendo el amparo, pero sus argumentos en lugar de mejorar la protección del derecho de libertad

de expresión de los representantes de los trabajadores puede a la postre debilitarlo. No en vano, aunque el Tribunal comienza aclarando que se trata de la potencial lesión del derecho de libertad sindical (art. 28 CE) en su manifestación de la libertad de expresión (art. 20 CE), pronto relega totalmente la libertad sindical y se limita a estudiar cómo ha ejercitado el delegado sindical la libertad de expresión. Es en este punto en el que se vuelve más confuso el razonamiento del Tribunal, al aplicar los mismos límites que cuando el litigio se genera por el ejercicio del derecho de libertad de expresión por un trabajador en el marco de su contrato de trabajo, esto es: totalmente desvinculado de la libertad sindical. Así, el Tribunal va comprobando que se trata de una información veraz (aludiendo a la doctrina constitucional que admite incluso cierta controversia respecto a la veracidad de las afirmaciones, siempre que medie rectitud en la obtención de la información), que no se produce daño a la empresa y que no resultan ofensivos los comentarios realizados; y que su difusión se lleva a cabo respetando el principio de buena fe contractual, todo ello conjugado con teoría de la imprescindibilidad en la limitación de los derechos fundamentales.

Sin perjuicio de la conclusión a la que se llega en el caso concreto, y sin entrar a debatir los argumentos que baraja el Tribunal para considerar que la publicación que mereció la sanción del trabajador se ajustó a los límites expuestos sobre el ejercicio de la libertad de expresión, lo que conviene destacar, como se hace en el Voto Particular, es que el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los delegados sindicales como manifestación de su libertad sindical ha de pasar, conforme a los argumentos de esta sentencia del Tribunal Constitucional, los mismos filtros que cualquier otro trabajador, esto es: los directamente relacionados con el contrato de trabajo, sin que se tenga en cuenta que el delegado lo hace en ejercicio de un cargo representativo. El resultado, como anunciábamos, es que el hecho de que sea un representante sindical el que ejercita el derecho no le exime de someterse a las mismas restricciones que cualquier otro trabajador, lo que hace dudar del sentido de vincular el derecho con la libertad sindical, a la que el Tribunal sólo alude en el fallo de la sentencia, para considerar que como la libertad de expresión se ha ejercitado en sus justos términos, y este derecho se integra en el de libertad sindical, la sanción impuesta al representante supone un atentado contra el derecho constitucionalmente reconocido en el art. 28 CE.

D) Proceso de tutela de la libertad sindical

Una de las particularidades más destacables de este proceso y, sin duda, la que aporta mayores dosis de protección a los afectados, es la inversión de la carga de la prueba. Ahora bien, esta inversión es parcial, en el bien entendido que incumbe al demandante la presentación de indicios suficientes de lesión. Así se recuerda en la **STSJ Murcia de 21 de octubre de 2002**, I.L. J 2187, en un asunto en el que el trabajador demandante había sufrido un cambio de turno, que a sus ojos ocultaba una represalia empresarial. Interpuesta demanda contra el cambio de turno, el Tribunal recordó que no es preciso que el actor acredite expresamente que se ha violado o vulnerado su derecho al ejercicio de sus actividades sindicales, pero que cuando menos ha de dejar constancia en autos de

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

la existencia de indicios respecto de la violación del derecho a la libertad sindical, del trato discriminatorio o de la actuación empresarial traducida en represalia en razón de su actividad. En caso contrario, no podrá acontecer la inversión de la carga probatoria, que en el asunto enjuiciado no pudo producirse por limitarse el actor a alegar que se le había cambiado de turno porque había inferido insultos al empresario, que le habían valido la apertura de un expediente informativo. La simple alegación de la situación, parece sostener el Tribunal, no tiene fuerza indiciaria.

Otra de las particularidades de este proceso radica en el contenido de la sentencia que lo resuelve, que habrá de incluir, si procede, el reconocimiento de una indemnización a quien ha visto cercenado alguno de sus derechos fundamentales. En relación con este punto, merece la pena hacer mención al supuesto de hecho de la **STS de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 1993, en la que los cinco trabajadores demandantes y el sindicato al que estaban afiliados pedían el reconocimiento de una indemnización por no habérseles reconocido en instancia el derecho judicialmente reclamado. El origen de este proceso se situaba en la demanda de tutela de la libertad sindical que los mismos habían planteado por considerar que la empresa no les había retribuido como a los demás trabajadores ciertas horas extraordinarias realizadas. Esta demanda fue desestimada en instancia por entender el juzgador que no se había presentado indicio alguno de que la empresa hubiese tratado a estos trabajadores de forma diferente al resto. Frente a esta resolución se interpuso el recurso de casación que resolvió el Supremo en esta sentencia, en el que se pedía que se reconociese a los trabajadores el derecho a percibir las horas extraordinarias que consideraban no retribuidas, más una indemnización por daños morales, y otra indemnización al sindicato por lesión de la libertad sindical al recibir sus afiliados un trato diferente y perjudicial.

El problema se planteaba porque en su día los actores habían iniciado un proceso ordinario para que les fuesen reconocidas esas cantidades y la cuestión había llegado al Supremo que rechazó el recurso. Habiendo sido desestimada su pretensión por el cauce procesal ordinario, los actores junto con el sindicato interpusieron demanda de tutela de la libertad sindical por considerar que el empresario se negaba a retribuirles las horas extraordinarias por su pertenencia a una asociación sindical. Cuando la demanda llegó de nuevo al Supremo éste denegó las indemnizaciones solicitadas por considerar que la resolución que anteriormente había dictado, en la que declaraba que los trabajadores no tenían derecho a tal retribución porque no había quedado probado que las horas extraordinarias realizadas no hubiesen sido ya suficientemente compensadas por los descansos concedidos por la empresa, no podía ser desconocida en un proceso posterior y debía actuar como elemento condicionante y prejudicial, y si en ella se denegaba el derecho a la retribución no podía luego reconocer indemnizaciones para resarcir el daño que pudiera resultar del no reconocimiento por parte del empresario de un derecho que en sentencia firme se había denegado. Parece así que las cuestiones resueltas en procesos ordinarios vinculan a los tribunales a la hora de reconocer una potencial lesión del derecho de libertad sindical fundamentada en las mismas actuaciones, pero impugnada a posteriori por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales, lo que resulta bastante lógico pues de lo contrario se concedería a los titulares de la libertad sindical una injustificada segunda oportunidad, invalidando el sentido de la cosa juzgada.

E) Autonomía de las organizaciones sindicales

Como es sabido, las decisiones que afectan a las organizaciones sindicales han de adoptarse en el seno de los órganos competentes del sindicato conforme a lo dispuesto en los estatutos de la organización, y en el concreto caso de las modificaciones estatutarias, el cauce apropiado es sin duda la Asamblea General, tal como se advierte en la **STS de 24 de octubre de 2002**, I.L. J 2004, en un supuesto en el que el citado órgano se decidió revocar el mandato de la secretaria general y modificar los estatutos del sindicato. La afectada impugnó la modificación estatutaria pero no solicitó expresamente que fuese revisada su revocación. Así las cosas, el Tribunal entendió que como la decisión de modificar los estatutos se había adoptado en la asamblea general, respetando las reglas impuestas al efecto, era válida, y que no tenía que verse afectada por el hecho de que en la misma asamblea se hubiese producido, previamente, la revocación del mandato de la secretaria general.

Por su parte, el Congreso Nacional del sindicato parece el cauce más idóneo para el nombramiento, y en su caso sustitución de la ejecutiva sindical. Ahora bien, como se advierte en la **STS de 25 de octubre de 2002**, I.L. J 2005, tal nombramiento debe ajustarse a los estatutos sindicales, pues en caso contrario se producirá una usurpación estatutaria y una indebida autoatribución de funciones por parte de la ejecutiva resultante.

2. REPRESENTACIÓN UNITARIA DE LOS TRABAJADORES

A) Representantes liberados. Retribución

Una de las garantías que en nuestro ordenamiento se asigna a los representantes de los trabajadores es la indemnidad económica, esto es: el derecho a percibir la misma retribución que el resto de trabajadores que no ocupan cargos representativos. No obstante, este derecho es especialmente difícil de garantizar en el caso de los “liberados”, habida cuenta que algunos conceptos salariales están directamente vinculados a la prestación efectiva de servicios, y éstos no desarrollan actividad laboral alguna, o al menos no lo hacen a tiempo completo. En estos casos el hecho de que el liberado no perciba una determinada partida salarial no tiene por qué suponer un atentado contra su derecho a la indemnidad económica. Así se recuerda en la **STSJ de Castilla y León de 22 de octubre de 2002**, I.L. J 2182, en la que se discutía el derecho de un miembro del comité de empresa liberado a tiempo parcial a percibir un complemento retributivo denominado “asignación voluntaria extraordinaria”, reconocido graciosamente por la empresa a quienes en la correspondiente evaluación individualizada hubiesen conseguido en una escala de puntos de cero a doscientos un mínimo al guarismo de ciento veinte. Al liberado en cuestión, que lo era a tiempo parcial, no se le reconoció esta asignación extraordinaria porque sólo había conseguido ciento dieciséis puntos. El Tribunal entiende que resulta razonable que este derecho quede condicionado a la obtención de determinados resultados, de manera que si el representante no los alcanza no se le reconozca, máxime

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

si se tiene en cuenta que otros representantes sí lo lucraron tras haber alcanzado los mínimos exigidos por la empresa.

También se rechaza la pretensión retributiva de un liberado en la **STSJ de Andalucía de 2 de julio de 2002**, I.L. J 2275, si bien conviene advertir que en este caso la trabajadora afectada pretendía que le fuese reconocido el plus de turnicidad que ella no percibía cuando prestaba servicios en su puesto, pero que sí pasó a percibir la trabajadora que la sustituyó, precisamente porque ésta sí se sometió a un régimen de turnos que la liberada no realizaba. Curiosamente el Tribunal fundamenta este rechazo únicamente en que la trabajadora liberada no recibía ese plus mientras prestaba servicios, añadiendo que la indemnidad económica consiste en el derecho “a percibir la misma retribución que si estuviera en activo o prestado trabajo efectivo”, dando a entender que si lo hubiese percibido en su momento podría mantenerlo con la condición de liberada, aun cuando se trataba de un plus que retribuía una penosidad que la trabajadora no padecía, precisamente, porque en su condición de liberada no prestaba ningún servicio.

3. CONFLICTOS COLECTIVOS

A) Objeto del proceso de conflicto colectivo

El proceso de conflicto colectivo tiene como uno de sus objetos posibles la concreción de cuál ha de ser la interpretación correcta de una norma legal o convencional, siempre que el conflicto venga referido a un grupo genérico de trabajadores. Así se recuerda en la **SSTS de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 1965, de **22 de julio de 2002**, I.L. J 1711, de **25 de septiembre de 2002**, I.L. J 1908, y en la **STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2002**, I.L. J 2207.

B) Ámbito de aplicación del proceso de conflicto colectivo

De nuevo el Tribunal Supremo, esta vez en sus **SSTS de 17 de julio de 2002**, I.L. J 1719, de **22 de julio de 2002**, I.L. J 1711, y de **28 de octubre de 2002**, I.L. J 2007, reitera la abundante jurisprudencia (**SSTS de 9 de mayo**, de **24 de febrero**, de **26 de marzo**, de **29 de abril**, de **25 de junio**, y de **10 de diciembre de 1992**, y de **30 de junio de 1993**, entre otras muchas) sobre los elementos que han de concurrir en un proceso de conflicto colectivo, esto es: un elemento subjetivo, que se materializa en el hecho de que el conflicto afecte a un grupo genérico de trabajadores, que se revelan como un conjunto organizado a partir de un elemento de homogeneidad; y un elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y por tanto no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros, o como interés que aunque pueda ser divisible, lo es de una manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de oportuna individualización, pero no en su propia configuración general.

Tomando como premisa de trabajo los elementos expuestos, parece evidente que la clave para diferenciar un conflicto colectivo de un conflicto plural está en el “grupo”. En el

caso de la **STS de 17 de julio de 2002**, I.L. J 1719, el conflicto se refería a una serie de trabajadores que habían trabajado sin deber hacerlo los sábados de julio y agosto, no encontrándose en esta circunstancia todos los trabajadores de las categorías profesionales que constituían el grupo de afectados, sino sólo una parte. El Tribunal entendió que el grupo al que afectaba el conflicto colectivo era inexistente y que sólo concurrían trabajadores individuales que se agrupaban expresando de modo abstracto sus circunstancias personales, lo que hacía que el grupo genérico titular del interés general se desvaneciese y fuese sustituido por el mero agregado de los “trabajadores que trabajaron los meses de julio y agosto todos los sábados sin deber hacerlo”, y que ello convertía el conflicto en plural en lugar de en colectivo.

También se considera plural y no colectivo el conflicto a que se refiere la **STS de 22 de julio de 2002**, I.L. J 1711. En aquel caso el origen del conflicto se situaba en la recalificación de los trabajadores que había hecho el empresario, y que los afectados consideraban inadecuada. Obviamente, con la interposición de la demanda de conflicto colectivo los interesados pretendían ser retornados a la situación precedente a la recalificación. El Tribunal entendió que una recalificación profesional por su propia naturaleza tenía un carácter esencialmente individual y no colectivo, al referirse a cada uno de los trabajadores afectados y no al grupo genérico de los mismos, y requerir un pronunciamiento de condena acerca de múltiples situaciones individualizadas, y que por ello debían dilucidarse las pretensiones en los procesos individuales de reclamación correspondientes, y no a través de un proceso especial de conflicto colectivo.

Por el contrario, se considera colectivo y no plural el conflicto resuelto en la **STSJ de Cataluña de 29 de octubre de 2002**, I.L. J 2418, en un supuesto en el que se pedía la anulación de la práctica empresarial consistente en introducir desde 1999 en los contratos indefinidos de los facultativos a su servicio unos pactos adicionales en los que figuraban unas cláusulas contrarias a lo dispuesto en la Directiva comunitaria sobre jornada y descansos. Ante tal situación el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sostuvo que se trataba de ventilar un interés común de un grupo genérico de trabajadores: los facultativos con contrato indefinido a partir de 1999, y que ello justificaba el empleo del proceso especial de conflicto colectivo.

Esta tesis es la que de algún modo se sostiene también en el voto particular que se formula en la primera de las sentencias citadas en este apartado (**STS de 17 de julio de 2002**, I.L. J 1719), en el que se proporciona una redefinición de grupo a estos efectos, advirtiendo que aunque la LPL define el proceso de conflicto colectivo en atención al interés general de un grupo de trabajadores, y que aparentemente se trata de dos elementos independientes: el interés general que expresa un bien externo al grupo hacia el que éste puede proyectar su acción o su volición y el propio grupo considerado en sí mismo, y desde esta perspectiva, parece que el grupo debería tener una característica distinta del interés general que comparten sus miembros, esto no tiene que ocurrir siempre. Sostienen los magistrados que firman el voto particular expuesto que puede ocurrir que el grupo se defina en atención al supuesto de hecho que delimita el surgimiento de

un interés común a varios individuos. De manera que el grupo en lugar de tener que pre-existir se forme por el surgimiento de ese interés general que une a sus componentes. Para estos magistrados la diferencia entre la acción colectiva y la plural no está en la pluralidad en la formación de una de las partes, ni en el elemento común de conexión, sino en la forma en que se configure el objeto de la prestación, que mientras en el conflicto plural se integrará por la agrupación de las pretensiones individuales, en el colectivo se mantendrá en un plano genérico que hará abstracción de las consecuencias particulares en los distintos miembros del grupo de la declaración interpretativa que se pide.

C) Legitimación procesal en los procesos de conflicto colectivo

El art. 152 LPL atribuye legitimación para la interposición de una demanda de conflicto colectivo por parte de los trabajadores a los sindicatos y a los órganos de representación (legal o sindical) de los trabajadores. Respecto a la legitimación de la representación unitaria conviene advertir que en el caso del comité de empresa ésta reside en el órgano en sí y no en sus miembros individualmente considerados. En este punto coinciden los pronunciamientos de la **STSJ de Andalucía de 11 de julio de 2002**, I.L. J 2282 y la **STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2002**, I.L. J 2408, en las que además se advierte que para que nazca la legitimación para la iniciación de este concreto proceso es necesario que quienes interpongan la demanda de conflicto colectivo representasen la mayoría en el órgano de representación unitaria. No obstante, sendas resoluciones parecen pronunciarse en sentido contrario cuando se trata de precisar si es necesario o no someter la decisión de interponer la demanda de conflicto colectivo a “votación” en el seno del comité.

En este sentido, en la **STSJ de Andalucía de 11 de julio de 2002**, I.L. J 2282, se sostiene que la actuación de este órgano ha de ser colegiada y que por ello “es el Comité de empresa como órgano colegiado y no los miembros que lo componen individualmente considerados el legitimado para promover un conflicto colectivo, siempre que la mayoría de sus miembros en reunión celebrada al efecto así lo hayan decidido, pues de ninguna manera es posible entender que alguno o algunos miembros de un órgano colegiado, constituyan o no la mayoría del mismo, puedan ejercer y actuar los derechos y acciones que a tal órgano colegiado competen y corresponden”. Se da a entender, así, que es preciso convocar una reunión *ex profeso* para el tratamiento de esa cuestión y adoptar en su seno con el voto favorable de la mayoría la decisión de interponer la demanda.

Por su parte, en la **STSJ de Cataluña de 17 de octubre de 2002**, I.L. J 2408, se reconoce la legitimación de los demandantes, que eran los miembros del comité de empresa pertenecientes a una sección sindical, diciendo expresamente que puesto que “la demanda está presentada por la mayoría del comité de empresa (...) puede concluirse que existe el *quorum* preciso que exige el art. 65.1 ET para emprender las acciones judiciales en el ámbito de su competencia al tratarse de la mayoría de sus miembros siendo intrascendente que no haya existido acuerdo con la otra central sindical que forma parte del comité de empresa y que sería minoría”. Téngase en cuenta que, precisamente, lo que alegaba la empresa para sostener la falta de legitimación activa de los actores era que aunque los trabajadores demandantes fuesen mayoría en el órgano de representación no constaba que se hubiese debatido la cues-

ción en el seno del comité de empresa. Excepción que el Tribunal rebatió con el argumento expuesto, esto es: sin dar importancia a la existencia o no de una reunión previa en la que se sometiese a votación la posible interposición de una demanda de conflicto colectivo, por considerar que en tanto la sección era mayoría en el comité esta condición le atribuía legitimación bastante para la interposición de una demanda de este tipo.

De otro lado, cabe preguntarse si puede considerarse incluido en el elenco de sujetos legitimados para interponer una demanda de conflicto colectivo a la Comisión Paritaria de un convenio colectivo. Sobre este punto se pronuncia el Tribunal Supremo en su **STS de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 1965, si bien en este caso quien presentaba la demanda era uno de los miembros de la Comisión Paritaria, no ésta como tal. Conviene tener presentes algunos datos de interés que concurrían en este caso, a saber: la Comisión Paritaria no había comparecido en instancia en el proceso como tal, sino dividida en tres grupos que actuaron por separado (dos grupos los formaban los representantes de UGT y CCOO y el tercero era el formado por tres representantes del empresario); resuelto el conflicto por el órgano judicial competente, uno de los trabajadores interpuso recurso en su propio nombre contra la sentencia en su condición de miembro de la Comisión Paritaria y en representación de UGT. Planteado así el recurso, el Tribunal Supremo *obiter dicta* se cuestiona la potencial legitimación de la Comisión para la interposición de un proceso de este tipo, para luego pronunciarse sobre la particular legitimación de uno de sus miembros.

En este sentido, considera el Tribunal que resulta complejo que se den las circunstancias precisas para que una Comisión Paritaria pueda defender como propios unos determinados intereses en este proceso. Pero incluso admitiendo que concurren tales circunstancias ha de tenerse en cuenta que en tanto que estos órganos carecen de personalidad jurídica, su presencia en un proceso ha de sujetarse a las reglas de representación formuladas en el art. 7 LEC para las uniones sin personalidad. De este modo, estas Comisiones sólo podrán actuar en juicio a través de las personas que tengan atribuida su representación a estos efectos. Esto quiere decir que para que un trabajador pueda actuar será preciso que ostente la representación de la comisión, y si lo que pretende es recurrir una decisión judicial será necesario además que haya sido actuado como representante de la comisión —lo que le atribuye la condición de parte— en el proceso anterior, requisitos que no cumplía el trabajador, que en instancia había actuado como uno más de los representantes de UGT en la comisión, y que interponía el recurso en nombre propio, no en representación de la comisión.

A la legitimación para la interposición de una demanda de conflicto colectivo también alude la **STSJ de Canarias de 11 de julio de 2003**, I.L. J 1801, en aquella ocasión a propósito de la legitimación de un sindicato para exigir el respeto de un derecho reconocido en el convenio colectivo aplicable a la empresa pero que éste no había negociado. En este sentido, recuerda el Tribunal que “el art. 7 de la Constitución atribuye a los sindicatos en general una misión de tutela de los intereses de los trabajadores, que ha cristalizado en un cuerpo doctrinal que proclama la capacidad y poder de representación de los

VII. Libertad Sindical y Conflictos Colectivos

sindicatos para plantear conflictos colectivos en defensa de los intereses de los trabajadores y no sólo de sus afiliados, abarcando la representatividad a cuantos pertenezcan a la empresa y resulten afectados por el conflicto, y la sentencia a la totalidad de los trabajadores, afiliados o no”. Esta afirmación, que en el caso concreto sirvió al Tribunal Superior de Justicia de Canarias para reconocer legitimación al sindicato en cuestión, ha de conjugarse, no obstante, con la consolidada tesis del Tribunal Supremo, conforme a la cual para que un sindicato esté legitimado para plantear un proceso de conflicto colectivo es preciso que su ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto, y que tenga una relación directa con lo que es el objeto del pleito, para lo cual ha de disfrutarse de una notoria implantación en el centro de trabajo o marco general a que se refiere el conflicto, cuestión sobre la que no se entra en la resolución comentada en estas líneas.

Problema distinto es la relativo a la legitimación del sindicato para interponer una demanda de conflicto colectivo cuando los trabajadores que forman el “grupo” ya no prestan servicios para esa empresa. A esta cuestión se alude en la **STSJ de Andalucía de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 2253, en la que se reconoce legitimación al sindicato demandante para la interposición de un proceso de conflicto colectivo en un supuesto en el que los trabajadores afectados por el conflicto prestaban servicios para una empresa de trabajo temporal y ya habían terminado su relación cuando se inició el proceso. Entiende el Tribunal que no afecta a la posibilidad de que el sindicato demande en conflicto colectivo la aplicación de una norma a trabajadores que ya no forman parte de la empresa, siempre que dicha aplicación venga referida al tiempo en que prestaron servicios en la misma. La situación, como se recuerda en la sentencia, es parecida a la que se genera con los trabajadores jubilados, cuyos intereses pueden ser tutelados igualmente por los sindicatos, según doctrina del Tribunal Supremo, sin necesidad de apoderamientos individualizados de los pensionistas (STS de 20 de diciembre de 1996).

D) Sentencia evacuada en el proceso de conflicto colectivo

Por lo general las sentencias dictadas en procesos de conflicto colectivo son declarativas y de eficacia “cuasinormativa”, pero no directamente ejecutables (STC 92/1988, de 28 de marzo). Pero excepcionalmente pueden ser condenatorias. Así reza en la **STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2002**, I.L. J 2056, en un supuesto en el que la resolución judicial reconocía un derecho previamente denegado e implicaba la realización de una conducta reparadora de la situación infractora previa. En aquel caso el empresario pretendía retirar unilateralmente y sin compensación de ningún tipo un derecho reconocido en el convenio colectivo aplicable (el uso gratuito del comedor). La decisión empresarial fue impugnada en proceso de conflicto colectivo y en la sentencia que lo resolvió se reconoció el derecho a preservar esa ventaja, imponiendo al empresario su mantenimiento. No obstante, como se indica en la misma, la efectividad de esa condena sólo se mantiene mientras persistan las circunstancias en las que se evacuó la sentencia. Así si se produce una alteración de esas circunstancias, por ejemplo, porque se haga desaparecer el derecho en un nuevo convenio colectivo sustitutivo del anterior, y en el que la retirada del derecho se compense con otros derechos, la sentencia dictada en aquel proceso de

conflicto colectivo dejará de ser ejecutiva, y si se quiere mantener el derecho reconocido en la misma será preciso entablar una nueva demanda de conflicto colectivo.

4. EL DERECHO DE HUELGA

A) Límites del derecho de huelga

El derecho de huelga no es un derecho ilimitado y su ejercicio en ocasiones puede entrar en colisión con otros, como el derecho al trabajo del resto de trabajadores o la seguridad en la empresa. Precisamente para preservar este último derecho se fijan los llamados servicios de mantenimiento y seguridad, cuya imposición ya admitió en su día el Tribunal Constitucional en su Sentencia 11/1981. El Tribunal Constitucional aclaró en esta resolución que la designación unilateral de los mismos por parte del empresario resulta inconstitucional, y que es necesario que en la decisión de designación de los servicios “participe” el comité de empresa, pero no precisó en modo alguno cómo ha de llevarse a cabo dicha participación, limitándose a advertir que “las medidas de seguridad corresponden al empresario, en tanto en atención a su condición de propietario de los bienes, cuando en atención a su condición de empresario”.

Estos pronunciamientos han sido interpretados en la **STSJ de Valencia de 24 de enero de 2002**, I.L. J 2046, en un supuesto en el que el empresario tras varias consultas e intentos frustrados de negociación con el comité de huelga impuso unilateralmente los servicios de mantenimiento y seguridad. En este sentido, entiende el Tribunal que “no puede afirmarse que llevar a cabo intentos de consultas y negociaciones continuadas con el comité de huelga se haya de considerar un desconocimiento del deber del empresario de dar la exigida participación en la designación de los servicios de mantenimiento y seguridad al comité de huelga, aunque no haya concluido en un acuerdo concreto, por lo que nada cabe reprochar a este respecto a la sentencia recurrida en cuanto que no consideró censurable la conducta del empresario al designar al personal asignado a servicios mínimos”. Añade el Tribunal que “es constitucionalmente legítimo que durante la huelga se deban prestar los servicios necesarios para la seguridad de las personas y de las cosas, mantenimiento de los locales, maquinaria, instalaciones, materias primas y cualquier otra actuación que fuese precisa para la ulterior reanudación de las tareas de la empresa”, y en este caso los fijados por el empresario, según entendió el magistrado *a quo* eran los adecuados por la necesidad de la actividad, con lo cual no cabe plantearse que la decisión empresarial supusiese un atentado contra el derecho de libertad sindical en su manifestación del derecho de huelga. Nótese, con todo, la confusión de términos producida en la sentencia entre los servicios de seguridad y mantenimiento de la huelga y los servicios mínimos.

B) Ámbito geográfico de afectación

Obviamente, el ámbito geográfico de afectación de una huelga determina la jurisdicción competente para el conocimiento de las demandas que en relación con la misma puedan

plantearse. Así, se recuerda en la SAN de 1 de septiembre de 2002, I.L. J 2110, en un asunto en el que los demandantes habían presentado demanda ante la Audiencia Nacional contra la Televisión de Cataluña reclamando una indemnización por daños y perjuicios por uso abusivo de los servicios mínimos. La empresa tenía sus centros de trabajo en Cataluña y aunque tenía trabajadores desplazados en otras Comunidades Autónomas en ellas sólo tenía corresponsalías (ni centros de trabajo ni unidades productivas), lo que no afectaba al hecho de que el conflicto quedase circunscrito al territorio de esta Comunidad Autónoma. Precisamente por ello, la competencia judicial para el conocimiento de los litigios generados en torno a esta huelga correspondía en exclusiva al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y no a la Audiencia Nacional, como bien se sostiene en la sentencia.

C) Derecho de huelga y desempleo

El art. 6.3 del Decreto Ley 17/1977 dice que “el trabajador en huelga no tendrá derecho a la prestación por desempleo”, y el art. 3 de la Orden de 30 de abril de 1977, que lo desarrolla precisa que “el trabajador no tendrá derecho a prestaciones por desempleo por el hecho mismo de la suspensión de su contrato de trabajo originada por el ejercicio del derecho de huelga o por cierre patronal efectuado de conformidad con el capítulo segundo del Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo”. Aunque parece claro que con tales afirmaciones lo único que se pretende es evitar que el trabajador lucre prestaciones de desempleo el tiempo que está ejercitando su derecho de huelga, lo cierto es que el Instituto Nacional de Empleo ha denegado en alguna ocasión el derecho a la prestación de desempleo de los trabajadores temporales que han visto extinguido su contrato por vencimiento del plazo convenido durante el tiempo que el mismo estaba suspendido por ejercicio del derecho de huelga. Esto es lo que había sucedido en el supuesto de la **STSJ de Andalucía de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 2255. De ahí que resulte muy procedente la aclaración que hace el Tribunal en esta resolución, en el sentido de que el derecho de huelga no impide que si se produce la extinción de la relación laboral durante el período de la huelga, el trabajador tenga derecho a la prestación por desempleo.

El Tribunal Supremo ya había advertido en su día (Sentencias de 16 de enero de 1986 y de 17 de marzo de 1987) que cuando se trata de un contrato temporal el hecho de que esté suspendido no impide la extinción en el plazo previsto. Por ello, en tanto que la suspensión del contrato no impide la extinción del mismo en la fecha prevista para su finalización, argumenta con lógica el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que no cabe imponer al trabajador la exigencia inexcusable de que demande por despido para que nazca el derecho a la prestación por desempleo, que se generará automáticamente con la extinción, por mucho que ésta se produzca durante la suspensión del contrato.

VIII. NEGOCIACIÓN COLECTIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Legitimación para negociar. 3. Procedimiento de negociación. Adopción de acuerdos. 4. Contenido “normativo” del convenio colectivo.

Límites: doble escala salarial y respeto del principio de igualdad. 5. Ámbito personal.

6. Concurrencia de convenios. 7. Convenios “extraestatutarios”. 8. Impugnación

“directa” del convenio colectivo: legitimación. 9. Administración del convenio

colectivo. Por los Tribunales laborales.

1. CONSIDERACIÓN PREMILINAR

Se reseñan en los siguientes apartados las sentencias más interesantes en materia de negociación colectiva publicadas en los números 9, 10, 11 y 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*, Lex Nova, 2002, en los que puede consultarse el texto íntegro de aquéllas. De ellas, merecen ser traídas a colación aquí, aunque no sean novedosas, las del Tribunal Supremo de 5 de noviembre y 20 de septiembre, la primera sobre el cómputo de la mayoría que pide el art. 89.3 del ET para la válida adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora; la segunda sobre las condiciones que debe reunir, para ajustarse a las exigencias del principio de igualdad, la introducción convencional de una doble escala salarial que afecta al complemento por antigüedad. A pesar de que su redacción dificulta considerablemente su comprensión, también posee relevancia, por las observaciones que realiza acerca de la naturaleza “normativa” del convenio extraestatutario, la SAN de 11 de julio.

2. LEGITIMACIÓN PARA NEGOCIAR

Con carácter general y, sobre todo, cuando se trata de asociaciones empresariales, respecto a las cuales existen importantes dificultades para determinar su representatividad (“no se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial”), debe entenderse o presumirse que quien ha negociado el convenio colectivo tenía legitimación para hacerlo, por lo que corresponde a quien mantiene la falta de legitimación de alguno de los sujetos negociadores la prueba de tal circunstancia (SAN de 25 de junio de 2002, I.L. J 2067).

3. PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN. ADOPCIÓN DE ACUERDOS

Cualquier acuerdo tomado por la comisión negociadora y, por lo tanto, el final que da origen al convenio colectivo, precisa, para su validez, según dispone el art. 89.3 del ET, que aparezca adoptado con el “voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones” integrantes de aquélla. Pues bien, el cómputo de esa mayoría, sobre el que el ET elude pronunciarse, no es cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia. Frente a la posición que propugna que dicho cómputo debe realizarse sobre el número total de vocales que compongan cada representación o “banco” (no de los que asistan a la correspondiente reunión), se alza la que mantiene que el valor del voto de cada vocal ha de ser proporcional al porcentaje de representatividad (audiencia electoral) de la que se hubiese valido, para contar con algún puesto en la comisión negociadora, quien hubiera designado a aquél (una organización profesional o, en el caso de convenios empresariales o de ámbito inferior, una representación sindical parte de la negociación o una fuerza sindical o agrupación de trabajadores independientes con presencia en los órganos de representación unitaria legitimados para negociar), lo que abre la posibilidad de que la mayoría pedida legalmente para la válida adopción de acuerdos aparezca unida a un número de votos menor que el de la mayoría de los vocales del correspondiente “banco”.

Ciertamente, no faltan decisiones judiciales que adoptan el segundo de los indicados criterios; sin embargo, alguna de ellas, del TS, lo hace partiendo, no de su aplicación general, sino de la existencia de un acuerdo al respecto de las partes negociadoras, expreso o tácito [STS de 22 febrero 1999, I.L. J 186, reseñada en el número 1 de esta revista]. Sin entrar ahora a valorar la solución anterior, no entra en contradicción con ella, pues en el caso de autos no aparece un acuerdo de la naturaleza del que acaba de hacerse referencia, la mantenida por la **STS de 5 de noviembre de 2002**, I.L. J 2022, que aplica, sin más, el primero de los criterios (mayoría calculada directamente sobre el total de los componentes de cada una de las representaciones); éste es, en suma, el que debe regir con carácter general:

“Lo que se contempla y valora es la decisión personal de cada uno de los componentes de cada una de las dos representaciones, sin atender a la intensidad de la representación que les ha llevado respectivamente a formar parte de la comisión negociadora. Como se ha dicho muy gráficamente, la votación aquí se personaliza o individualiza, de modo que se atiende al número de componentes de cada representación para medir la suficiencia de la votación favorable. Tal es la verdadera exigencia contenida en el precepto [el art. 89.3 del ET], que omite toda remisión al grado de representatividad concreta ostentada en el ámbito del convenio colectivo, una vez que se ha acreditado la condición cuyo cumplimiento le ha llevado a la comisión negociadora.”

4. 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. Es contrario a 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 en que el trabajador haya ingresado en la empresa como fijo. En este sentido, **STS de 20 de septiembre de 2002**, I.L. J 1889, con cita de las sentencias de igual Sala y Tribunal de 3 de octubre de 2000 y 14 de mayo, 17 de junio y 25 de julio de 2002 (la primera de ellas reseñada en el número 6 de esta revista; las otras dos en el número 13):

“La única justificación de la doble escala del complemento de antigüedad que aparece en el precepto del convenio colectivo objeto de impugnación ‘no atiende a la intensidad, naturaleza, duración u otros particulares atinentes a la actividad laboral a desarrollar, sino, exclusivamente, al momento de la incorporación de los trabajadores a la empresa como fijos. Se rompe así (...) el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, que resultan desfavorecidos con relación a sus compañeros de trabajo más antiguos, por razón de un dato tan inconsistente a tal fin, cual es el de la fecha de contratación’.

No habiendo quedado acreditada ‘la existencia de una justificación razonable y objetiva de la discutida diferencia retributiva, (...) el acertado criterio de la sentencia recurrida ha de mantenerse íntegramente, pues ninguna violación se produjo en tal enjuiciamiento de los preceptos que se denuncian como infringidos, los arts. 14 y 37.1 de la Constitución Española, en relación con los arts. 82 y 85 del Estatuto de los Trabajadores’.”

5. ÁMBITO PERSONAL

Del convenio colectivo único para el personal laboral al servicio de la Administración General del Estado. De acuerdo con lo que dispone el propio convenio (art. 1.4.1º y 1.4.6º), no se extiende al español contratado en el extranjero para trabajar fuera de España y con sujeción a la legislación laboral del país en el que se desarrolla la prestación de los servicios. Así, con rotundidad, **STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 2350. Recuerda la Sala que ha tenido oportunidad de repetir “reiteradísimamente” que dicho convenio colectivo único no es aplicable en los supuestos en los que: “a) el español contratado lo haya sido en el extranjero —con la salvedad, obviamente, de que en tal contrato exista una cláusula expresa de sumisión a la legislación española (...); b) el español contratado lo haya

sido, en España o en el extranjero, con sumisión expresa a la legislación extranjera; c) el español contratado lo haya sido, en España o en el extranjero, con exclusión expresa de la legislación española; o d) el español contratado en España, con o sin sometimiento expreso a la legislación española, pero que, en uso de lo previsto en el art. 1.4.6º del convenio colectivo único, se elimine taxativamente la aplicación de las normas convencionales españolas”.

6. CONCURRENCIA DE CONVENIOS

La apreciación de la concurrencia prohibida por el art. 84 ET precisa la coincidencia de los ámbitos funcionales de los convenios o, si se prefiere, la incidencia del posterior “en la zona de regulación comprendida dentro del ámbito funcional del convenio anterior”. No se descubre tal incidencia en el convenio sectorial y estatal de “cadenas de tiendas de conveniencia”, de 2000, en relación con el convenio, también sectorial y estatal, de “estaciones de servicio”, de 1999, vigente en la fecha de suscripción del primero. Así, **STS de 17 de julio de 2002**, I.L. J 1718, con voto particular:

“Para poder apreciar si se ha producido esa invasión del convenio nuevo en el ámbito del convenio de estaciones preexistente, en cuanto que es precisamente esa invasión lo que el art. 84 del Estatuto de los Trabajadores quiere impedir al disponer que ‘un convenio colectivo durante su vigencia no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario (...)’, lo primero que procede hacer es transcribir qué es lo que dicen cada uno de los dos preceptos confrontados. A tal efecto, el convenio de estaciones de servicio, que es el que el recurrente estima afectado por el otro dice lo siguiente en su art. 2: ‘Es de aplicación este convenio a todas las empresas que desarrollen la actividad de explotación de las instalaciones para suministros de carburantes y combustibles líquidos a vehículos, así como todas aquellas actividades complementarias, tales como servicios de engrase, lavados, tiendas con o sin bar, establecimientos de ventas de tiendas de conveniencia, cualquiera que sea su volumen de negocio y artículos expedidos de las mismas (artículos perecederos y no perecederos), así como a los trabajadores que presten los servicios a dichas empresas’. Por su parte, el punto 2º del art. 2 del primer convenio colectivo de las cadenas de tiendas de conveniencia 2000-2001 establece: ‘Las empresas asociadas que tengan como actividad complementaria a la principal de conveniencia el despacho en régimen de autoservicio de carburantes (con servicio de pista: lavado de vehículos, presión de neumáticos, etc.) quedarán igualmente afectadas por este convenio. A estos efectos se entenderá que la actividad principal es la tienda de conveniencia cuando entre las diferentes actividades que realice la empresa, centro o unidad comercial, la mayoría de las tareas en las que esté ocupado el personal provengan de la actividad de tiendas de conveniencia’.”

“De la lectura de ambos preceptos de los dos convenios se desprende claramente que en el uno y en el otro tienen cabida tanto las estaciones de servicio como las tiendas de con-

VIII. Negociación Colectiva

veniencia, y, entendidos ambos así, con este carácter general, es indudable que el convenio de estaciones de servicio podría considerarse afectado por el convenio posterior de las tiendas de conveniencia. Sin embargo, de la atenta lectura de ambos se desprende que en los dos se parte de la base de que cuando concurra una estación de servicio con una tienda de conveniencia el convenio regulador de ambas actividades será uno u otro según se considere que la actividad principal es la de estaciones de servicio o de tienda de conveniencia. En efecto, aunque el de estaciones de servicio parece extender su ámbito de aplicación a toda clase de tiendas de conveniencia allí ubicadas, pues las incluye ‘cualquiera que sea su volumen de negocio’, no es eso lo que realmente dice, sino que, como bien se aprecia en su redacción, esa extensión de su ámbito la condiciona al hecho de que la tienda constituya una actividad complementaria de la estación de servicio al igual que ocurre con otros servicios que también incluye como los de ‘engrase, lavados, tiendas con o sin bar’, de forma que, con esa lectura del precepto, sólo será aplicable dicho convenio a las tiendas de conveniencia que constituyan una actividad complementaria de una estación de servicio, que sería la actividad principal del complejo. Por su parte el convenio de tiendas de conveniencia prevé también su aplicación a complejos comerciales con esa dualidad de actividades, pero contempla el supuesto contrario, o sea, el caso en que la actividad principal sea la de tienda de conveniencia y la accesoria o complementaria la de despacho de carburantes. Es cierto que en la letra del precepto se refiere a ‘despacho en régimen de autoservicio de carburantes’, lo que también podría llevar a entender que si el despacho no se hace en régimen de autoservicio sería el convenio de estaciones de servicio el aplicable; pero esta particular expresión no sólo no entorpece la interpretación de que en la letra de este convenio sólo se prevé su aplicación a estaciones de servicio que sean complementarias de las tiendas de conveniencia, sino que constituye por sí misma un indicio de complementariedad de la estación de servicio respecto de la tienda de conveniencia, favorecedora de la interpretación que defendemos. Interpretados así ambos convenios es como puede decirse, y así lo estimó la Audiencia Nacional, que ambos convenios son complementarios y no concurrentes, puesto que cuando la actividad principal sea la de estación de servicio se aplicará el primero de ellos en el tiempo, mientras que cuando esa actividad no sea la principal sino la complementaria quedará fuera de aquel convenio y bajo la égira del de tiendas de conveniencia a partir de la entrada en vigor de éste.”

“El problema se producirá en cada caso concreto cuando exista duda acerca de cuál es la actividad principal y cuál la complementaria, pero esta cuestión fáctica habrá de resolverse en cada momento de conformidad con la propia situación del caso. Pero el que puedan crearse problemas casuísticos en relación con cuál de los dos convenios aquí comparados sea el aplicable no atañe al problema de concurrencia que aquí se plantea, puesto que ambos convenios tienen, como se ha visto, su propio ámbito funcional, distinto y complementario el uno del otro; hasta el punto de que cuando se hallaba en vigor tan sólo el de estaciones de servicio éste no puede afirmarse que incluyera a aquellas tiendas de conveniencia con estación de servicio incorporada cuando la tienda de conveniencia constituyera la actividad principal y la estación de servicio la complementaria.”

7. CONVENIOS “EXTRAESTATUTARIOS”

Pone de relieve la “naturaleza normativa” y la posible eficacia general del convenio extra-estatutario, así como que ello no permite su equiparación con el estatutario, cuya eficacia no puede resultar comprometida por el primero, la SAN de 11 de julio de 2002, I.L. J 2076:

“Un convenio colectivo extraestatutario supone el ejercicio de una potestad reguladora abstracta por afectar no sólo al conjunto innumerable de contratos que pueden celebrarse durante el tiempo de su vigencia en su ámbito de aplicación, número que depende de circunstancias mudables como la actividad contractual de la empresa, la pertenencia a la misma o la afiliación sindical, sino también en cuanto se trata de un ‘ámbito’ abierto, ampliable por adhesión de terceros.

Pero la naturaleza normativa del convenio extraestatutario no debe llevarnos a reconducir su contraste con el estatutario al art. 3.3 del ET y ello por la sencilla razón de que no son parangonables la eficacia de ambos convenios, de modo que la eficacia del convenio estatutario no puede resultar comprometida por la del convenio extraestatutario y si no pueden ‘concurrir’ vía art. 84 del ET no pueden contrastarse con el criterio de horizontalidad del art. 3.3 sino con el de la verticalidad del 3.1, colocando al estatutario en el apartado b) y al extraestatutario en el apartado c). La naturaleza normativa del extraestatutario sólo juega ante la inexistencia de convenio estatutario –incluso cabe una concurrencia extraestatutaria a resolver conforme al art. 3.3–. Concluimos así que el convenio extraestatutario, de un lado, sólo produce efectos internos a los otorgantes (art. 1257 del Código Civil) y, de otro, no compromete, en absoluto, la eficacia *erga omnes* de los convenios estatutarios que existan en su ámbito.

Ello no excluye que cuando las regulaciones estatutarias y extraestatutarias son objetivamente compatibles, por no existir interferencia en las mismas y, por lo tanto, no existe concurrencia conflictiva (*sic*), puedan aplicarse simultáneamente ambas regulaciones.”

Pertenece al tipo de convenios aquí considerados el acuerdo que afecta a una parte de los trabajadores de la empresa (dos categorías), alcanzado en conciliación judicial producida en el seno de un proceso de conflicto colectivo y que tiene como partes, además de a la aludida empresa, a dos sindicatos y a una sección sindical que no reúnen la condición impuesta por el art. 87.1 del ET, esto es, no suman la mayoría de los miembros de los órganos de representación unitaria ni han sido designados para negociar por los trabajadores pertenecientes a las aludidas categorías, mediante acuerdo expreso adoptado por el voto personal, libre, directo y secreto de la mitad más uno de ellos (STS de 26 de septiembre de 2002, I.L. J 1910).

8. IMPUGNACIÓN “DIRECTA” DEL CONVENIO COLECTIVO: LEGITIMACIÓN

Por ilegalidad. No se opone a la legitimación de los órganos de representación unitaria para impugnar el convenio colectivo el hecho de que sus miembros figuren afiliados al sindicato que hubiese suscrito éste y hubiesen concurrido a las elecciones dentro de una candidatura presentada por aquél. Pero, además, con carácter general, tampoco se opone a la expresada legitimación, el que el sujeto colectivo que ejercite la acción de impugnación abstracta aparezca como suscriptor del convenio. Así **STS de 20 de septiembre de 2002**, I.L. J 1889, con cita de otra suya anterior de 22 de mayo de 2001 (recurso 1995/2000), según la cual “esa impugnación por la propia parte es lo normal cuando se trata de vicios de consentimiento y procede también cuando están en juego normas imperativas no disponibles, sin perjuicio de las exigencias que se derivan de la buena fe en orden a los derechos disponibles”.

Sobre la imposibilidad de que un grupo de trabajadores individualmente considerados pueda ejercitar, cuando éstos figuran incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, una acción individual de impugnación abstracta (no de un concreto acto aplicativo) de dicho convenio, **STC de 16 de septiembre de 2002**, I.L. J 1870, con cita de las sentencias de igual Tribunal 10/1996 y 12/1996, ambas de 29 de enero, y 56/2000, de 28 de febrero. Apreciándose que a través del ejercicio de aquella acción individual se pretende, en realidad, el referido control abstracto del convenio, “resulta razonable y constitucionalmente adecuado considerar que los sujetos colectivos son los únicos legitimados para controlar la legalidad de la norma por ellos negociada y que el control de lesividad pueda corresponder, en su caso, sólo a terceros no incluidos en el ámbito de aplicación del convenio” (FJ 4º).

9. ADMINISTRACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. POR LOS TRIBUNALES LABORALES

Sobre la interpretación del convenio colectivo teniendo en cuenta tanto las reglas que rigen la interpretación de las leyes como de los contratos, **STSJ de Cataluña de 4 junio de 2002**, I.L. J 1674. En otro orden de cosas, haciéndose necesario recurrir a la intención de las partes de aquél para interpretar el alcance de lo pactado (arts. 3 y 1281 del Código Civil), la determinación de dicha intención por la comisión paritaria, aunque “no sea vinculante para el Juez, tiene, sin embargo, un extraordinario valor orientativo, ya que nadie puede conocer mejor cuál fuera la intención de los negociadores del convenio que quienes intervinieron en su negociación” (**STSJ de Andalucía, Sevilla, de 20 de febrero de 2002**, I.L. J 2207).

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) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene. **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. B) Incapacidad temporal y regímenes especiales. **12. Maternidad. 13. Regímenes Especiales.** A) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. B) Régimen Especial Agrario. **14. Infracciones y sanciones.**
15. Procesos de Seguridad Social. A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social. B) Legitimación. C) Cosa juzgada.

1. FUENTES

Según la **STJCE de 5 de febrero de 2002**, I.L. J 2312, un Derecho nacional puede establecer normas más favorables que el Derecho comunitario siempre que se atengan a los principios de éste. La normativa de un Estado miembro que favorece en lo que respecta a los requisitos para obtener una prestación por desempleo a los trabajadores que hayan residido quince años en el territorio del país miembro antes de su último empleo son incompatibles con el art. 48 del Tratado.

Para la **STJCE de 7 de marzo de 2002**, I.L. J 2314, los arts. 46 bis y 46 ter del Reglamento 1408/1971, en su versión 2001/1983 se oponen a la normativa de un Estado miembro que contiene una cláusula que prohíbe la acumulación con arreglo a la cual ha de reducirse una pensión de supervivencia percibida en dicho Estado miembro al haberse concedido una pensión de supervivencia en virtud de la legislación de otro Estado miembro, en la medida en que las prestaciones adeudadas con arreglo a dicha normativa nacional resulten menos favorables que las determinadas en virtud del art. 46 del Reglamento citado.

La **STJCE de 19 de marzo de 2002**, I.L. J 2315, declara la sujeción a la legislación de cada uno de los países miembros. En este sentido, corresponde al juez nacional, por una parte, comprobar que las legislaciones nacionales aplicadas son conformes con los arts. 39 y 43

del Tratado y de forma específica que la legislación nacional cuyos requisitos de aplicación se impugnan conlleva una protección social para el trabajador; y por otra parte, el juez ha de comprobar si es preciso excluir excepcionalmente la aplicación de dichas disposiciones a iniciativa del trabajador interesado cuando le hagan perder una ventaja de Seguridad Social de las que disponía inicialmente en virtud de un Convenio de Seguridad Social.

Para la **STJCE de 18 de abril de 2002**, I.L. J 2316, el art. 94.3 del Reglamento 1408/1971 debe interpretarse de forma que se opone a una legislación nacional que sólo prevé una excepción a la exigencia de un período de carencia como requisito para causar derecho a una pensión por incapacidad laboral cuando ésta sea consecuencia de un accidente de trabajo si, en el momento del accidente, la víctima estaba asegurada en virtud de un seguro obligatorio o facultativo con arreglo a la legislación de dicho Estado, con exclusión de la legislación de cualquier otro Estado miembro.

Los arts. 48.2 y 51 del Tratado se oponen a una disposición nacional que a efectos de prórroga del período de referencia en el que debe haberse cubierto el período de carencia para causar derecho a una pensión, sólo toma como referencia los períodos durante los cuales el asegurado haya percibido una pensión de invalidez en virtud de un régimen nacional de seguros de accidente, sin prever la posibilidad de prorrogar dicho período cuando tal prestación se haya abonado en virtud de la legislación de otro país miembro.

2. CAMPO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA

La **STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2002**, I.L. J1781, resuelve el encuadramiento de un Administrador de una sociedad para la que trabaja a tiempo parcial determinado que la relación a tiempo parcial exige la presencia de un contrato de trabajo que contenga las mínimas exigencias legales, contrato y exigencias que no pueden darse en el caso de los Administradores sociales, dada su relación mercantil con la empresa y la peculiaridad de su trabajo, razón por la cual tales Administradores no pueden causar alta a tiempo parcial en la Seguridad Social. Y si bien, la normativa de Seguridad Social en los casos en que no se tiene el control económico de la empresa los ha integrado en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena mediante el art. 97.2.K) LGSS tal integración se produce sin derecho a prestaciones de desempleo ni del Fondo de Garantía Salarial precisamente porque no son auténticos trabajadores, ni tampoco altos directivos sometidos al régimen laboral, debiéndose entender que la cotización mínima pertinente por la prestación de sus servicios ha de ser, con carácter general, la base mínima de cotización a la Seguridad Social, no cupiendo la prestación de servicios a tiempo parcial al no ser posible cuantificar el tiempo que un Administrador dedica a su empresa.

Igualmente la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de julio de 2002**, I.L. J 2271, resuelve un supuesto de un encuadramiento de un sujeto que posee 20 de las 120 participaciones en que está distribuido el capital social de una sociedad en la que comparte con el

socio mayoritario las tareas de administrador solidario. Por consiguiente, la cuestión a determinar consiste en determinar el régimen a que han de quedar adscritos aquellos que realicen funciones de dirección y gerencia en el seno de sociedades mercantiles y que además realicen tareas de administración. Según la normativa vigente (art. 34.1 de la Ley 50/1998) están obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleven el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presente otros servicios para una sociedad mercantil capitalista a título lucrativo y de forma habitual personal y directa, siempre que posean el control directo o indirecto de la misma. Por consiguiente, el criterio determinante de inclusión en uno u otro régimen de la Seguridad Social es el poseer el control efectivo de la sociedad. En el caso enjuiciado el sujeto era poseedor de tan sólo 20 de las 120 participaciones en que estaba dispuesto el capital social, correspondiendo otras 20 a su hermana y el resto a otro socio, con el que compartía las tareas de administración. De lo que se deduce que poseía el control de la sociedad por lo que debe incluirse en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

3. ENCUADRAMIENTO

La STJ de Cataluña de 18 de junio de 2002, I.L. J 1668, entiende que la condición de consejeros de una sociedad capitalista de conformidad con lo dispuesto en el art. 97.2.k) del TRLGSS como trabajadores asimilados a trabajadores por cuenta ajena, es la razón de ser de aquéllos en el Régimen General de la Seguridad Social, sin que ello signifique que mantengan con aquella sociedad una relación de trabajo. No existiendo una relación laboral, el alta en el Régimen General no puede ser la propia de un trabajador contratado a tiempo parcial, y la cotización debe ser, en todo caso, la que corresponde a una actividad a tiempo completo.

Siguiendo la estela de una jurisprudencia ya consolidada, existen numerosos pronunciamientos que siguen afirmando la utilización por la TGSS del cambio de criterio de interpretación del concepto de “habitualidad” del art. 2.1 del Decreto 2350/1970 establecido por la STS de 29 de octubre de 1997, para retrotraer los efectos del alta cursada de oficio en el RETA a períodos anteriores a la fecha de la citada sentencia, para el caso de subagentes de seguros. Entre otras pueden citarse SSTs de 25 de julio de 2002, I.L. J 1708; 24 de julio de 2002, I.L. J 1709; 22 de julio de 2002, I.L. J 1710; de 18 de septiembre de 2002, I.L. J 1886 y de 11 de noviembre de 2002, I.L. J 2462.

Sobre la también consolidada doctrina del TS relativa a la procedencia de incluir a los trabajadores que prestan los servicios por cuenta ajena en los trabajos de manipulación y envasado de cítricos que se recogen con carácter exclusivo de las explotaciones agrícolas de los socios de las Cooperativas Agrarias en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, puede consultarse la STS de 26 de julio de 2002, I.L. J 1766.

La STSJ de Cataluña de 29 de julio de 2002, I.L. J 1785, considera que pese a la gratuidad en el cargo, un Administrador único y titular del 51 por ciento del capital social, debe encuadrarse en el RETA, por ser partícipe mayoritario en el capital de la sociedad.

La aportación de una parte de capital social, cuando alcanza ciertas dimensiones impide apreciar la nota de ajenidad en el trabajo prestado por los socios.

La STSJ de Navarra de 19 de septiembre de 2002, I.L. J 2151, entiende que la relación contractual de la figura del acompañante en todo transporte organizado por el Departamento de Educación, prescrita en virtud del Plan de Transporte escolar aprobado por el Parlamento de Navarra, se efectúa en régimen administrativo excluyéndose la naturaleza laboral del vínculo, razón por la cual debe incluirse en el RETA.

Afirmando la viabilidad de las afiliaciones por el procedimiento sistema de RED y no por el trámite ordinario, puede consultarse la STSJ de Baleares de 9 de septiembre de 2002, I.L. J 2307.

4. GESTIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

5. FINANCIACIÓN

No existe jurisprudencia en la materia.

6. COTIZACIÓN

Porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. No es computable el tiempo de percepción del subsidio por desempleo de mayores de 52 años a efectos de determinación del período de carencia. La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 25 de junio de 2002, I.L. J 1621, considera como paréntesis el tiempo de cobro del subsidio para mayores de 52 años a efectos de determinar el período de los dos años cotizados que deben estar comprendidos dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar, en atención a la doctrina unificada del Tribunal Supremo (STS de 1 de julio de 1993). El Tribunal calcula el período de carencia sumando las cotizaciones en concepto de las gratificaciones extraordinarias (teoría de los días-cuotas).

Aplica el Tribunal la Disposición Adicional Vigésima octava de la LGSS introducida por la Ley 50/1998 por la que se niega la validez y eficacia de las cotizaciones efectuadas durante el cobro del subsidio de mayores de 52 años a efectos de la determinación del período de carencia de la pensión de jubilación. Dichas cotizaciones sí que son válidas, en cambio, para la determinación del porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de jubilación. En la determinación del porcentaje de la pensión de jubilación, el TSJ considera que a este supuesto le es aplicable el reconocimiento de cotizaciones ficticias en función de la edad del beneficiario el 1 de enero de 1967, en aplicación de la

Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18 de enero de 1967. En el asunto juzgado, el recurrente había trabajado varios años en un país de la Unión Europea sin que constasen cotizaciones referentes a ese período. Advierte la sentencia que en el caso que el recurrente “percibiese pensión de otro país comunitario no le es aplicable a efectos de determinar el porcentaje aplicable a cada país los períodos de cotización “ficticios” por razón de edad o por reducción de la misma”.

Por último, el Tribunal entiende que no es aplicable el principio de automaticidad de las prestaciones a aquellos períodos de tiempo trabajados en el extranjero de manera que tal institución viene condicionada al principio de territorialidad.

Prestación de incapacidad temporal en el Régimen Especial Agrario. Requisito de hallarse corriente en el pago. La **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2002**, I.L. J 1736, cree que se cumple el requisito de hallarse al corriente del pago de cuotas cuando el descubierto de un mes se debe a causa no imputable a la actora y fue pagado inmediatamente tras el requerimiento de la Tesorería General de Seguridad Social. El TSJ aplica el principio de proporcionalidad a la regla de que para causar derecho a la prestación de incapacidad temporal en el Régimen Especial Agrario es necesario que el beneficiario se halle al día en el pago de cuotas en el momento del hecho causante, no siendo válidos los ingresados con posterioridad. En atención a una doctrina asentada por el Tribunal Supremo en las SSTs de 15 de noviembre de 1999 y de 17 de marzo de 2000, se debe interpretar que el requisito de estar al corriente en el pago de la cuota no es aplicable para el supuesto en que el trabajador dejó de abonar la cuota de un mes por causa a él no imputable, pagándola inmediatamente al ser requerido para ello.

Pensión de viudedad y orfandad en el RETA y determinación del período de carencia. No son válidas las cotizaciones ingresadas con posterioridad al hecho causante. El trabajador fallecido figuró afiliado en el RETA desde febrero de 1990 hasta septiembre de 1999, después de que la Tesorería practicara el alta de oficio. Ingresó en plazo cotizaciones por un total de 274 días y con posterioridad a su fallecimiento fueron ingresadas el resto de cotizaciones. La **STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2002**, I.L. J 1937, entiende que el causante no reúne el período de carencia exigido de 500 días para causar las pensiones de viudedad y orfandad puesto que “no es suficiente para reconocer la prestación el que con posterioridad al hecho causante se hubieran efectuado las cotizaciones correspondientes”.

Base reguladora de la pensión de incapacidad permanente y aplicación de la doctrina del paréntesis al período en situación de incapacidad temporal una vez agotada la prestación por desempleo. La **STSJ de Cataluña de 25 de noviembre de 2002**, I.L. J 1945, desestima la sentencia en instancia según la cual se debe integrar con las bases mínimas la laguna correspondiente a la falta de cotización durante la situación en que se mantiene la percepción de ILT agotada la prestación por desempleo. Entiende el TSJ que la doctrina del Tribunal Supremo —en las SSTs de 7 de febrero de 2000, de 4 de octubre de 2000 y de 18 de octubre de 2000— según la cual a efectos de determinar la base reguladora de la incapacidad permanente debe abrirse un paréntesis por el tiempo en que no hubo obligación de cotizar durante la invalidez provisional, debe aplicarse también al desempleo.

El TSJ considera que dicho período de paro involuntario una vez agotada la prestación por desempleo es una situación asimilada al alta en la cual no hay obligación de cotizar y que, por tanto, no tiene trascendencia a la hora de determinar la vida laboral del trabajador.

7. RECAUDACIÓN

En la **STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de abril de 2002**, I.L. J 1738, se trata un caso de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas, recordándose los criterios legales y jurisprudenciales aplicados tanto antes del 1 de enero de 1998, como con posterioridad a tal fecha, relación con el plazo de prescripción. La particularidad de la misma reside en el hecho que el supuesto de que conoce se extiende en el tiempo en dos tramos, en los que se aplica la legislación anterior, con la interpretación jurisprudencial correspondiente, y la vigente actualmente (sobre la aplicación del plazo excepcional de tres meses que la jurisprudencia venía manejando con anterioridad a 1998, vid. **STS de 27 de septiembre de 2002**, u.d., Sala Cuarta, I.L. J 1911).

En la **STSJ del País Vasco de 9 de julio de 2002**, I.L. J 1856, se considera que, en un supuesto de reintegro de cobros indebidos por prestación a favor de familiares, no se ha producido prescripción de la acción de la Entidad Gestora puesto que durante un período de poco más de cuatro años ha reiterado su reclamación.

En la **STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 8 de julio de 2002**, I.L. J 1800, se trata un supuesto de incompatibilidad de la prestación de incapacidad temporal, abonada por una Mutua, y otra de desempleo. Se establece que la Mutua debe abonar dicha prestación sin perjuicio de que el INEM pueda reclamar al trabajador lo que indebidamente hubiera percibido. A pesar de que la Mutua sea entidad colaboradora, no es Seguridad Social por lo que el INEM es la única entidad legitimada para solicitar dicho reintegro.

Para la **STSJ de Valencia de 9 de enero de 2002**, I.L. J 2036, el transcurso del plazo de un mes para iniciar la actividad tras percibir la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, no comporta el reintegro de la misma siempre que el inicio de la actividad tenga lugar dentro de un período prudencial a partir del momento en el que se percibe la cantidad capitalizada.

En la **STSJ de Cantabria de 18 de septiembre de 2002**, I.L. J 2322, se establece que procede la reclamación por el INSS de lo indebidamente satisfecho por una empresa, en un caso de pago directo de la prestación por incapacidad temporal a uno de sus trabajadores, puesto que tal abono se realizó sin cercionarse previamente de que éste había cotizado lo suficiente para tener derecho al mismo.

En la STSJ de Galicia de 19 de octubre de 2002, I.L. J 2440, se trata un supuesto de reintegro de complementos a mínimos indebidamente percibidos, por cuanto no se cumplió con la obligación de comunicar al INSS la percepción de ingresos hasta que éste requirió a la actora a ello, momento en el que se comprobó que los mismos eran superiores al límite legal.

8. ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES

A) Concepto de accidente

La STSJ de Murcia de 4 de junio 2002, I.L. J 1639, reitera la doctrina del Tribunal Supremo que considera como accidente de trabajo manifestadas durante el mismo, y concretamente la crisis cardíaca, la hemorragia cerebral y la cardiopatía isquémica. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha señalado que para desvirtuar la presunción de laboralidad de una enfermedad de trabajo no es bastante que se hubieran producido síntomas de la misma en fechas o momentos inmediatamente precedentes al infarto agudo, y que constituye lugar de trabajo los de la celebración de actos o reuniones a los que se asiste por encargo o encomienda de la empresa, por lo que se reconduce al concepto de accidente el sufrido por el trabajador, que tenía un horario de trabajo prefijado por la empresa de 8:30 a 13:30 y de 15:30 a 18:30, pero que en su propio contrato prestó su consentimiento a la posibilidad de flexibilizar y modificar la jornada en función de las necesidades de la producción. En este sentido, vid. la STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2002, I.L. J 1782, y la STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2002, I.L. J 2063, debe considerarse como accidente de trabajo (todas ellas relativas a enfermedades cardiovasculares en tiempo y lugar de trabajo). Por otra parte, según la STSJ de Madrid de 19 de junio de 2002, I.L. J 2070, la enfermedad crónica coronaria no desvirtúa la calificación laboral del accidente de trabajo, dada la situación de tensión y stress intenso del fallecido, encargado de la empresa.

Por el contrario, para la STSJ de Navarra de 30 de septiembre de 2002, I.L. J 2152, no existe accidente de trabajo, debido a la imprudencia temeraria del trabajador —en virtud del art. 115.4.b) LGSS—, ya que éste se introdujo voluntariamente en el interior de un filtro de mangas sin recibir orden expresa en tal sentido, desenroscando veinte tornillos de una pequeña abertura en la que difícilmente cabe una persona e incumpliendo las órdenes elementales en orden a la limpieza. Asimismo, rechaza la calificación de accidente de trabajo, debido a la imprudencia temeraria del trabajador, la STSJ de Navarra de 31 de octubre de 2002, I.L. J 2448. Tampoco merece, a juicio de la STSJ de Andalucía, Granada, de 10 de septiembre de 2002, I.L. J 2287, la cardiopatía isquémica que provocó el fallecimiento del trabajador, al faltar la relación de causalidad entre el episodio coronario y la labor desempeñada por el trabajador.

La STSJ de Cantabria de 24 de septiembre de 2002, I.L. J 2323, estima la calificación de accidente de trabajo *in itinere*, ya que el trabajador sufrió un accidente de trabajo cuando acudía a su centro de trabajo, en la misma localidad que éste se encuentra y cerca del

lugar de prestación de trabajo (Santa Cruz de Bezana), instantes antes de iniciar su prestación de servicios (20 horas).

B) Responsabilidad por falta de medidas de seguridad e higiene

En la **STSJ de Murcia de 4 de junio de 2002**, I.L. J 1640, el tema debatido se centra en determinar si existe responsabilidad solidaria para hacer frente al recargo por falta de medidas de seguridad impuesto, por parte de las distintas empresas que intervinieron en el desarrollo de la obra, en la que el trabajador sufrió un accidente de trabajo cuyas lesiones provocaron el posterior fallecimiento. Según la sentencia analizada, es claro que el accidente se produjo por no adoptarse las medidas de apuntalamiento y suspensión de las chapas metálicas para proteger al trabajador de la caída o proyección violenta de los materiales y demás elementos de trabajo, cuyas medidas deberían haberse adoptado por la empresa para la que trabajaba el trabajador fallecido, por lo que la actitud o conducta imprudente o culposa sólo puede predicarse de dicha empresa, sin que las demás intervinientes hubiesen generado algún tipo de riesgo que determinase una concurrencia de culpas. Así pues, a pesar de encontrarnos ante una contrata de obras o servicios, no es posible atribuir la responsabilidad solidaria a ambas empresas.

La **STSJ de Valencia de 9 de enero de 2002**, I.L. J 2035, desestima la pretensión de recargo por falta de medidas de seguridad, en base a las siguientes razones: a) no se ha constatado la falta de una medida de seguridad e higiene por parte de la empresa, que condujera directamente al resultado lesivo; b) al ocurrir el evento cuando el trabajador se hallaba completamente solo en el desempeño de una tarea habitual, no ha sido posible conocer cuál fue la causa inmediata del accidente; c) debe existir infracción de una norma concreta, y en este caso falta la estricta tipicidad de la medida de seguridad omitida; d) no puede descartarse totalmente la acción criminal de un tercero o la actuación imprudente del trabajador, y e) el trabajador contaba con una amplia experiencia en la función cuando le sobrevino el accidente.

Tampoco cabe entender que proceda el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad en el supuesto analizado por la **STSJ de Valencia de 18 de enero de 2002**, I.L. J 2040. El accidente ocurre al ser atropellado el trabajador por un vehículo, en la calzada, cuando la cruzaba a pie, sin percatarse de que venía el citado vehículo, cuya conductora, pese a frenar, no pudo evitar el atropello. Al no llevar puesto el equipo reflectante, el culpable del atropello no puede ser la empresa empleadora. Aunque el supuesto puede entenderse como accidente de trabajo, estamos ante un supuesto de imprudencia que no implica responsabilidad alguna por recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

Para la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 2254, procede el recargo por falta de medidas de seguridad, ya que la vulneración de las normas de seguridad en el trabajo merece un enjuiciamiento riguroso tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre. Así pues, el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado, y la empresa

no cumplió con lo impuesto legalmente al no adoptar todas las medidas de protección necesarias.

Según la STSJ del País Vasco de 27 de septiembre de 2002, I.L. J 2366, no debe estimarse el recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, ya que estamos ante un caso fortuito, en el que falta la relación causa-efecto entre la caída del volquete y la ausencia de medidas de seguridad. Por las pruebas aportadas, se evidencia que el acta de la Inspección de Trabajo debe cohonestarse con el resto del material probatorio de los autos.

9. RÉGIMEN ECONÓMICO, GARANTÍAS Y RESPONSABILIDADES EN MATERIA DE PRESTACIONES

La STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2002, I.L. J 1663, analiza un supuesto de cobertura de prestación por incapacidad temporal cuando la Mutua asume su gestión y abono directo, aunque en ese momento el trabajador afectado por tal incapacidad tuviera extinguido su contrato de trabajo. El Tribunal entiende, tal y como ha declarado la STS de 14 de junio de 2000 y STS de 15 de mayo de 2000, que la mecánica de la relación jurídica de Seguridad Social se mantiene en su esencia y fundamento, aunque varíe el sujeto que asume la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria e incapacidad temporal y hace efectivo su pago directo, por lo que las peculiares condiciones en que debe ser prestada la función colaboradora de la empresa no puede equipararse a un actuación de autoaseguramiento que sitúe a la contingencia extramuros del sistema de Seguridad Social. De este modo, la obligación de colaboración voluntaria de la gestión y asunción directa de la prestación económica de la situación de incapacidad temporal, asumida por una empresa cuando finaliza un contrato de trabajo ha de ser también asumida por la Mutua con la que aquélla ha asegurado este riesgo dado que se trata de una relación de Seguridad Social, pues de otra interpretación podría conducir a que en una misma empresa pudieran coexistir diversos gestores de una misma contingencia dependiendo de la fecha de su inicio.

Por su parte la STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2002, I.L. J 1791, determina la ausencia de responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora en el abono de la prestación de Incapacidad Temporal y la consiguiente responsabilidad de la empresa y el anticipo a cargo de la Mutua aseguradora en un supuesto de descubierto en el pago de cotizaciones en el que el trabajador sufre una contingencia derivada de enfermedad común. Y ello porque tal y como ha señalado las SSTS de 20 de octubre de 1998 y 18 de abril de 2001, si se atiende a la finalidad del aseguramiento de las prestaciones causadas por accidentes de trabajo en caso de insolvencia empresarial o, en su caso, de la Mutua Patronal no existe norma alguna que imponga idéntica responsabilidad respecto de las contingencias comunes. Y ante la falta de norma expresa no puede atribuirse responsabilidad alguna al INSS.

La STS de 30 de septiembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J1987, enjuicia un supuesto de responsabilidad empresarial por accidente de trabajo en el que se han producido descu-

biertos prolongados y reiterados en el pago de cotizaciones que suponen incumplimientos definitivos y voluntarios de carácter rupturista. La cuestión que se debate en la sentencia es si la Mutua con la que el empleador ha cubierto el riesgo de accidentes de trabajo, puede exigir al INSS, en concepto de responsabilidad subsidiaria, además del reintegro de las prestaciones anticipadas por la Mutua, la cantidad que le ha sido retraída a la Mutua por la empresa a través del sistema de pago delegado del subsidio de incapacidad temporal. El Tribunal entiende que en este caso lo que se ha producido es un supuesto de deducción indebida de cotizaciones por parte del empleador que debe incluirse en el conjunto de acciones que componen la gestión recaudatoria de la Seguridad Social que nada tienen que ver con la función de pago delegado impuesta a las empresas como colaboración obligatoria con el sistema de Seguridad Social, cuyo cumplimiento confiere al mandatario el derecho al resarcimiento de los gastos originados en beneficio del mandante. Es decir, la normativa de Seguridad Social carece de una previsión concreta que regule el supuesto enjuiciado consistente en la necesidad de reintegro a la Mutua aseguradora de los que le fue detraído en su día por el empresario, sin título jurídico alguno, puesto que el tácitamente invocado al hacer la deducción de su importe en la cotización, consistente en haber satisfecho el subsidio debido al trabajador no respondía a la realidad. Por consiguiente, producida la deducción sin causa legal no puede derivarse la responsabilidad subsidiaria porque el Fondo asegura la eficacia de los derechos del trabajador accidentado o de sus causahabientes, pero no interviene en las responsabilidades derivadas de la relación de aseguramiento entre empresa y Mutua aseguradora.

10. ASISTENCIA SANITARIA

A) Reintegro de gastos médicos

La STSJ de Murcia de 26 de junio de 2002, I.L. J 1644, desestima el reintegro de gastos sanitarios por entender que en el supuesto enjuiciado no concurrían los requisitos imprescindibles para su operatividad, al no existir ni urgencia vital en la utilización de la medicina privada, ni error en el diagnóstico (al ser coincidente el de ésta con la medicina pública), ni denegación injustificada de asistencia sanitaria.

Según la STSJ de Canarias de 22 de marzo de 2002, I.L. J 1729, procede el reintegro de gastos sanitarios al sucesor del fallecido por haberse dado el supuesto de urgencia vital, ya que el beneficiario acudió a una clínica privada tras la afección cardiaca, dada su inmediatez al lugar donde advino el ataque cardíaco. Resulta indiferente que el fallecido tuviera suscrita una póliza de seguros que le permitiera acceder a la clínica privada en la que obtuvo la asistencia, ya que lo que está probado es que tuvo que soportar los gastos de asistencia sanitaria prestados por dicha clínica. No puede estimarse por tanto que quien se ha procurado voluntariamente y a su costa oro aseguramiento adicional sobre el mismo riesgo ya cubierto por el sector público (como es la asistencia sanitaria) haya de quedar en peor situación que quien no lo ha hecho.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 2002, I.L. J 1751, desestima el reintegro de gastos sanitarios por entender que en el supuesto enjuiciado no existía urgencia vital y porque se acudió a la medicina privada sin obtener previa autorización de la Entidad Gestora.

Según la STSJ de 15 de mayo de 2002, I.L. J 1754, no procede el reintegro de gastos sanitarios al no existir urgencia vital en el caso de autos, ya que el beneficiario optó por dirigirse a una determinada clínica privada en la que atendía una de los mejores especialistas de la materia en España, por lo que no cabe entender denegación de asistencia, ya que, además, la intervención que debía practicarse al paciente la vienen realizando numerosos centros hospitalarios del Insalud.

La STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2002, I.L. J 1949, entiende que no existe urgencia vital que dé pie al reintegro de gastos sanitarios por intervención en una clínica privada tras sufrir el actor un desprendimiento de retina ya que no queda constancia de que el beneficiario solicitara, vía los servicios de inspección médica de atención al cliente, que se le atendiera de una manera más rápida y eficaz, y sin que volviera a insistir ante el hospital público.

La STSJ de Murcia de 9 de noviembre de 2002, I.L. J 1962, señala en el caso de autos que no existió urgencia vital en la utilización de la medicina privada, ni error en el diagnóstico, al ser coincidente el de ésta con la medicina pública, ni denegación injustificada de asistencia sanitaria. Es decir, no había peligro inminente o riesgo importante de muerte o de pérdida de un miembro u órgano vital, máxime cuando la intervención por parte de la medicina privada se realizó seis meses después del día fijado para la cita con el especialista.

La STSJ de Asturias de 31 de octubre de 2002, I.L. J 2380, señala que no cabe recurso de suplicación por razón de la cuantía y sin que quepa entender que existe afectación general cuando se solicita la diferencia entre la cantidad abonada por la entidad demandada al actor por la adquisición de una prótesis y el importe total de la misma.

Según la STSJ de Canarias de 10 de octubre de 2002, I.L. J 2395, no basta para exigir el reintegro, que la enfermedad o dolencia del beneficiario sea tan grave que suponga un riesgo para la vida, sino que es preciso que el riesgo sea inmediato, de tal suerte, que la rapidez o intermediación de la asistencia, impida acudir a los servicios públicos porque ello supondría intensificar el riesgo.

11. INCAPACIDAD TEMPORAL

A) Dinámica de la prestación

Según la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2002, I.L. J 1661, el pago de la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes correspondiente al período comprendido entre el cuarto y el decimosexto día corresponde al empresario con res-

ponsabilidad directa. Ello no supone la pérdida de su carácter de prestación de Seguridad Social, con el consecuente mantenimiento de las garantías fijadas legalmente. A falta de previsión legal, ha de permanecer y subsistir el sistema de obligaciones y garantías accesorias establecidas para la prestación en litigio en el régimen público de Seguridad Social para los supuestos de incumplimiento de la obligación prestacional por parte del empresario directamente obligado a su pago, por lo que procede la condena a anticipo por parte del INSS.

En la **STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2002**, I.L. J 1667, la cuestión se centra en determinar quién es el responsable del abono de la IT del trabajador cuando iniciada ésta con anterioridad a la extinción de la relación laboral, se prolonga más allá de su conclusión, con la circunstancia de que la empresa asumió por colaboración voluntaria el pago directo de las prestaciones económicas, suscribiendo con la codemandada “Norton Life” una póliza de revisión integral. Según esta Sala, la función colaboradora de la empresa, no puede equipararse a una actuación de autoaseguramiento. El que se acepte esta forma de colaboración de empresas con las entidades gestoras no puede suponer una merma en la protección a que tienen derecho los beneficiarios. El riesgo es inasegurable por un tercero, dado que la colaboración voluntaria es siempre sobre los propios trabajadores, estando prohibido por el art. 4.3 de la LGSS que en ningún caso la ordenación de la Seguridad Social pueda servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil. En el caso de autos se condena al INSS al anticipo del abono de la prestación.

Según la **STSJ de Cataluña de 31 de julio de 2002**, I.L. J 1791, tratándose de contingencias derivadas de enfermedad común y no de accidente de trabajo, no cabe la responsabilidad subsidiaria del INSS en el abono de la prestación de incapacidad temporal. Atendiendo a la propia finalidad de aseguramiento de las prestaciones causadas por accidentes de trabajo en caso de insolvencia empresarial, o en su caso de la Mutua Patronal, no existe norma alguna que imponga responsabilidad respecto a las contingencias comunes, y así se deduce *a sensu contrario* de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Según la **STSJ de Cataluña de 16 de julio de 2002**, I.L. J 1777, si indebidamente el empresario colaborador reconoce al trabajador los requisitos para acceder a la prestación de incapacidad temporal y hace efectivo el abono de dicha prestación sin que legalmente el trabajador reúna los requisitos establecidos para tener derecho a la misma, ni en sus consecuencias puede atribuirse responsabilidad de clase alguna al INSS.

Según la **STSJ de Extremadura de 16 de julio de 2002**, I.L. J 1818, no se devengan salarios en los supuestos en que los mismos coincidan con períodos de incapacidad temporal. Tampoco cabe imponer a la empresa el abono de los de tramitación en el despido declarado improcedente, en el tramo temporal que coincidan el despido con la incapacidad temporal y con las prestaciones debidas por esta contingencia.

En la **STSJ de Canarias de 26 de julio de 2002**, I.L. J 1802, la trabajadora estuvo en situación de IT desde 4 de agosto de 1997 al 21 de septiembre de 1998 y antes de finalizar

IX. Seguridad Social

dicha situación, se le da de alta por la empresa el 25 de agosto de 1998, por lo que la misma fue improcedente. Al no incorporarse la actora al trabajo por concatenar dos situaciones de incapacidad temporal no acumulables, la empresa no la pudo dar de alta en la Seguridad Social, cesando además su obligación de cotizar.

Según la **STSJ de Andalucía de 28 de junio de 2002**, I.L. J 1763, la LISOS califica como infracción grave efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones de Seguridad Social cuando existe incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida, no estableciendo distinción alguna el texto legal entre realización de tareas propias de la profesión habitual y desempeño de trabajos ajenos al oficio habitual del sujeto. Y en el caso de autos resulta evidente que durante la situación de incapacidad temporal, el actor realizó trabajos por cuenta ajena.

La **STS de 7 de noviembre de 2002**, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 2027, debate la cuestión si un extranjero extracomunitario que tenga permiso de residencia, pero no permiso de trabajo, tiene o no derecho al percibo de prestaciones de incapacidad temporal derivadas de accidente de trabajo, y el Tribunal Supremo entiende que sí, ya que según la LO 8/2000, la carencia del permiso de trabajo “no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero”.

La **STS de 18 de noviembre de 2002**, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 1884, discute sobre si cabe considerar como situación asimilada al alta la inscripción como demandante de empleo del trabajador, y entiende que no, ya que la normativa sólo considera situación asimilada al alta “la situación de desempleo total y subsidiado”, y por tanto, al desempleo protegido a través de la prestación contributiva, sin incluir el subsidio asistencial, con lo que a fortiori se está excluyendo también el paro involuntario que ni siquiera tiene la condición de protegido.

Según la **STSJ de Aragón de 10 de octubre de 2002**, I.L. J 2160, por el mero hecho de que se inicie un proceso de incapacidad temporal que concluya con declaración de incapacidad permanente, no extingue *per se* un contrato de trabajo en vigor, sin que quepa que la empresa, seis meses después de iniciada la incapacidad temporal decida unilateralmente la extinción retroactiva del contrato. Por otra parte, el derecho a prolongar la prestación por incapacidad temporal se produce hasta el momento de la calificación de la invalidez permanente, momento a partir del cual se inician las prestaciones económicas de ésta salvo que las mismas sean superiores, en cuyo caso se retrotraerán aquéllas al momento de agotamiento de la incapacidad temporal.

Según la **STSJ de Aragón de 23 de octubre de 2002**, I.L. J 2164, ante la previsión de demora en la calificación de eventual incapacidad permanente, no hay posibilidad alguna de reconocimiento de prestación por tal contingencia, de faltar el necesario período mínimo de cotización, al no ser posibles declaraciones de incapacidad permanente sin prestación.

Según la **STSJ de Andalucía de 21 de febrero de 2002**, I.L. J 2209, aún salvaguardando el derecho constitucional al trabajo, es necesario apreciarlo bajo la óptica de acceder al

mismo en plenas condiciones físicas para alcanzar el rendimiento eficaz en la contraprestación entre ambas partes contratantes, por lo que cabe apreciar actuación fraudulenta en la trabajadora que consciente de sus limitaciones para realizar el trabajo para el que ha sido contratada, causa baja médica a los dos días de comenzar la prestación laboral, por motivos de patología preexistente.

Según la **STSJ de Andalucía de 29 de abril de 2002**, I.L. J 2239, la prestación de incapacidad permanente total no constituye obstáculo para la realización de otro trabajo distinto del que genera tal pensión, ni para cobrar las rentas propias de ese trabajo, por lo que tampoco puede impedir el cobro de aquellas prestaciones de la Seguridad Social que se satisfacen en razón a la suspensión de esa nueva situación por incapacidad temporal.

En el sentido antes expuesto, la **STSJ de Andalucía de 12 de noviembre de 2002**, I.L. J 2298, señala que no es posible compatibilizar una prestación de incapacidad temporal generada en la misma empresa y en el mismo trabajo para el que se tiene reconocida una incapacidad permanente total, ya que la compatibilidad está exclusivamente prevista para el supuesto en el que el trabajador esté desempeñando un puesto de trabajo distinto de aquél para el que le fue concedida la incapacidad permanente total para su profesión habitual.

B) Incapacidad temporal y regímenes especiales

En la **STS de 25 de julio de 2002**, Sala Cuarta, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 1723, la cuestión debatida es si, tras un anterior proceso de incapacidad temporal subsidiada, concluido al denegarse la situación de invalidez permanente, puede la trabajadora accionante comenzar otro proceso igualmente subsidiado, pasado el plazo de 6 meses, en los cuales no ha alcanzado cotización de 180 días, sino que la misma se dispone por referencia a todo lo contribuido en los cinco años anteriores. Y el Tribunal Supremo entiende que sí, afirmando que este valor aritmético, resultante de integrar la contribución de 180 días en un período de referencia de 5 años, conserva su eficacia jurídica prestacional cuantas veces se caiga enfermo, sin que criterio atendible alguno lleve al drástico resultado de que una tal carencia se consuma con una sola o aislada utilización.

Según la **STSJ de Galicia de 5 de julio de 2002**, I.L. J 1826, se ha de distinguir en el régimen especial agrario y a efectos de acumulación de los períodos sucesivos de incapacidad interrumpidos por la actividad laboral, un doble criterio: a) cuando esta actividad es superior a 6 meses, el elemento temporal es decisivo y excluyente; b) cuando la repetida actividad es inferior a seis meses, cada proceso que se abre en virtud de una diferente enfermedad es independiente, por lo que no cabe la acumulación. En el caso de autos, correspondía a la actora acreditar que los procesos de incapacidad temporal iniciados se debían a una misma causa o bien que eran distintas manifestaciones de un mismo proceso. Sin embargo, al considerarse ambos procesos como enfermedades distintas, no puede accederse a la acumulación de períodos.

12. MATERNIDAD

En la **STSJ de Cataluña de 13 de junio de 2002**, I.L. J 1664, antes de empezar la baja por maternidad la recurrente se hallaba en situación de baja médica y había acreditado el período de carencia necesario para obtener la prestación. La circunstancia de variar la causa médica de baja, la primera fue por amenaza de aborto y la segunda por maternidad, no puede suponer la exigencia del requisito de carencia que ya se había acreditado para la baja anterior.

En la **STSJ de Andalucía, Málaga, de 30 de mayo de 2002**, I.L. J 1745, la prestación por maternidad solicitada por la recurrente fue denegada por falta del necesario período de carencia. La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, establece como situación protegida distinta y diferenciada la maternidad de la incapacidad temporal por accidente o enfermedad común, por ello no le es aplicable el complemento previsto en el Convenio colectivo que está previsto para la enfermedad o accidente.

Para la **STSJ de Cataluña de 12 de julio de 2002**, I.L. J 1775, el acogimiento simple no es equivalente al permanente y tal y como se argumenta en la Sentencia de esta Sala no se puede ampliar a éste los beneficios laborales y de Seguridad Social.

Para la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 1931, el art. 137 bis LGSS viene a extender el reconocimiento de la prestación por maternidad al acogimiento familiar permanente y al preadoptivo. Recoge la Sentencia de la misma Sala de 30 de enero de 2000 para señalar que tanto en el acogimiento preadoptivo como en el permanente si la decisión administrativa no cuenta con el consentimiento expreso de los padres o el tutor no genera más que una situación de provisionalidad, prevista en el art. 173.3 CC que impiden reconocer los efectos de situaciones estables.

La **STSJ de Cataluña de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 1958, recoge la sentencia del mismo Tribunal de 2 de enero de 1996 y establece que, de conformidad con lo previsto en el art. 24.1 del Real Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, en relación con art. 60 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970 y el art. 36 núm. 15 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, que en el RETA el período de 90 días naturales siguientes al último día del mes en que se produzca la baja en dicho régimen continuarán comprendidos en el régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados en situación de asimilado al alta en el mismo.

La **STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 1963, mantiene que ni el art. 48.4 ET ni la regulación de las prestaciones por maternidad que reconoce la LGSS, permiten a la mujer trabajadora por cuenta propia que tiene el permiso por maternidad, que ejerza un derecho de opción para que el padre disfrute parte del permiso.

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 2214, aplica por analogía la doctrina contenida para la incapacidad temporal en el art. 18 de la OM de 13 de octubre de 1967 según la cual el principio de automaticidad en el reconocimiento de las prestaciones por al entidad gestora con la simple presentación de los partes de baja, con-

lleva la inaplicación del plazo de retroacción de tres meses previstos en dicho artículo, pues al no precisarse solicitud expresa para el nacimiento del derecho, que nace automáticamente, se puede aplicar el plazo de caducidad de un año del art. 44.2 LGSS.

En la **STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2002**, I.L. J 2403, al no realizar la trabajadora trabajo por cuenta ajena sino trabajo por cuenta propia, no se dio ni la suspensión del contrato, ni los descansos obligatorios, tal y como se establece en el art. 133 ter LGSS, por lo que tampoco puede nacer el derecho al subsidio por maternidad y en consecuencia la posibilidad de que la madre ceda al padre el derecho a disfrutarlo (ver también **STSJ de Murcia de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 1963).

13. RÉGIMENES ESPECIALES

A) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

La **STSJ de Cataluña de 26 de junio de 2002**, I.L. J 1658, examina el caso de un administrador societario que solicitó el alta en el RETA y unos meses después solicitó que se anulase tal solicitud para optar por acogerse a la Mutualidad de Aparejadores. Se deniega tal pretensión por considerar que el interesado debía haber ejercido tal opción en el momento en que concurrían los requisitos para ello —en este caso al constituirse la sociedad y ser nombrado administrador de la misma— ya que la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1995 modificada por el art. 33 de la Ley 50/1998, de 31 de diciembre, expresa claramente —y el Tribunal reprocha al recurrente la cita deliberadamente amputada del precepto en el recurso— que el interesado que, teniendo derecho, no optara por la Mutualidad no podrá ejercer posteriormente dicha opción; y, asimismo, considera que el interesado ejerció la opción por el RETA al solicitar el alta en el mismo.

Aun cuando la Disposición Adicional Novena de la LGSS otorga efecto útil a las cotizaciones posteriores al alta en el RETA, ello debe entenderse siempre que tales cotizaciones se hayan pagado con anterioridad al hecho causante, según recuerda la **STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2002**, I.L. J 1937, en un caso de viudedad en la que se pagaron casi la mitad de las cotizaciones necesarias con posterioridad al fallecimiento del causante. Sin embargo, si las cotizaciones debidas hubiesen obtenido el beneficio de un aplazamiento de pago, sí que resultarían útiles no tan sólo para cumplir con el requisito de hallarse al corriente de pago sino también para acreditar el requisito de carencia, como manifiesta la **STS de 12 de julio de 2002**, I.L. J 1974, condicionándolo a tres circunstancias: que contando con tales cotizaciones se sobrepasase el período de carencia exigido, que el aplazamiento estuviera concedido antes de sobrevenir el hecho causante, y que los compromisos de pago aplazado se estuviesen cumpliendo correctamente; en tal caso, se precisa, deberá aplicarse el instituto jurídico de la compensación entre lo debido y la prestación causada.

El requisito de hallarse al corriente de pago para causar una pensión en el RETA se refiere a “sus cuotas” según la literalidad de los arts. 28.2 del RD 2530/1970 y 57.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, debiéndose entender por tales las cuotas que debían ser ingresadas por el trabajador autónomo; de ello se deduce que los débitos pendientes de un empresario para el que hubiese prestado servicios el interesado como trabajador por cuenta ajena no pueden afectar al cumplimiento de tal requisito de hallarse al corriente de pago, por lo que la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 16 de septiembre de 2002**, I.L. J 2119, accede a la petición de pensión anulando el desvío que la tesorería general realizó de los importes pagados por el trabajador autónomo a cubrir otros importes apremiados al que en su tiempo fue empresario del actor.

B) Régimen Especial Agrario

La **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 10 de septiembre de 2002**, I.L. J 1928, accede a la pretensión de quien instó la continuidad de su afiliación en el REA, con la consiguiente anulación de la resolución de la Tesorería General que había acordado su baja tras haber constituido el interesado una Sociedad Agraria de Transformación en la que ostentaba el cargo de presidente. El interesado no tenía por tal cargo poder decisorio alguno de carácter unipersonal, sino que era un miembro más del órgano colegiado rector de la sociedad, y su minoritaria participación en la misma no le otorgaba poder de control sobre la misma.

14. INFRACCIONES Y SANCIONES

En la **STSJ de Andalucía, Málaga, de 28 de junio de 2002**, I.L. J 1763, se admite la imposición de la sanción de pérdida de la prestación de incapacidad temporal durante un período de tres meses, a un beneficiario que durante su percepción realizó trabajos por cuenta ajena, remarcándose como la LISOS no realiza distinción alguna entre la realización de tareas propias de la profesión habitual o trabajos ajenos a la misma.

La **STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2002**, I.L. J 1940, revoca la declaración de improcedencia de instancia en la imposición de una sanción consistente en dejar sin efecto la inscripción del actor como demandante de empleo, puesto que la conducta sancionada estaba tipificada en el momento de su comisión.

Para la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 18 de septiembre de 2002**, I.L. J 2122, no procede la sanción consistente en la pérdida de la prestación de jubilación por tres meses al actor, Consejero Delegado de un Consejo de Administración, puesto que de las circunstancias fácticas no puede concluirse que haya desarrollado trabajos de dirección, gestión y administración en la Sociedad, no pudiendo serle de aplicación el art. 165 LGSS.

15. PROCESOS DE SEGURIDAD SOCIAL

A) Competencia e incompetencia de la Jurisdicción Social

La STS de 25 de septiembre de 2002, I.L. J 1879, concluye que cuando la procedencia de cumplir subjetivamente con la prestación o pensión de invalidez ha sido impugnada ante la Jurisdicción Social, el acto de liquidación de la prestación queda subsumido dentro del pronunciamiento correspondiente de dicha jurisdicción, la cual goza de una prioridad lógica sobre la contenciosa en tales casos, ya que las discutidas prestaciones son la causa de la obligación, constituyendo la liquidación y recaudación del capital coste los simples efectos de la misma.

También la STS de 16 de septiembre de 2002, I.L. J 1881, llega a la conclusión de que corresponde a la jurisdicción social la pretensión que dirime un alta de oficio en el RETA de un subagente de seguros. En este sentido, señala la sentencia que el acto impugnado no tenía como único objeto o finalidad la mera gestión recaudatoria, entendiendo por tal el cobro de los recursos o el ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos o derechos de la Seguridad Social, sino que lo único que se produjo fue el alta en uno de los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social. En la sentencia analizada se reitera la doctrina de la STS de 29 de octubre de 1997, señalando que sus efectos fueron meramente declarativos y no constitutivos.

En la STS de 29 de octubre de 2002, I.L. J 2157, se señala que el orden social es el competente para dirimir la responsabilidad del capital coste renta, ya que el recurrente no cuestiona el importe del mismo —que sí que sería competencia del orden contencioso-administrativo—. Y ello porque la cuestión debatida fue inicialmente residenciada en la magistratura especial de ejecuciones gubernativas de Vizcaya, que suspendió el procedimiento recaudatorio.

La STS de 6 de noviembre de 2002, I.L. J 2024, también concluye que corresponde a la jurisdicción social la impugnación de la cantidad fijada por la entidad gestora como capital coste renta de una prestación reconocida por sentencia firme del órgano judicial laboral. Según dicha sentencia, es la existencia de una anterior sentencia que reconoce la prestación en cuya virtud se procede a constituir el capital-coste de renta lo que constituye factor relevante para que se atribuya al orden jurisdiccional social toda cuestión relativa a la impugnación de este coste.

La STSJ de Cataluña de 19 de junio de 2002, I.L. J 1655, señala que en el supuesto de la reclamación de una prestación por incapacidad temporal por contingencias comunes, la Entidad Gestora debe ser parte en el proceso, por lo que, en tal caso, al tratarse de una reclamación en materia de Seguridad Social, la regla de competencia territorial viene atribuida al lugar en el que se haya producido la resolución o el domicilio del demandante y, en ambos casos, es el de Barcelona. Es cierto que la demandante prestaba sus servicios en Girona, pero no es aplicable la regla de determinación de la competencia terri-

IX. Seguridad Social

torial del art. 10.1 LPL –lugar de prestación de servicios o del demandado–, pues al tratarse de un cuestión de Seguridad Social, los Juzgados competentes para conocer de la pretensión que se formula serían los de Barcelona.

Según la **STSJ de Cataluña de 24 de julio de 2002**, I.L. J 1783, la cuestión litigiosa –indemnización en concepto de perjuicios irrogados como consecuencia de retención indebida de dicha cantidad por motivos fiscales– obedece a la retención que llevó a cabo el INSS al hacer efectiva una prestación de orfandad a que había sido condenado por resolución judicial y que dicha retención fue debida a motivos fiscales. Así pues, la jurisdicción social no es competente para el conocimiento de una acción que pretende el reintegro de una cantidad retenida por razones impositivas. El INSS se ha limitado a cumplir con la ley, y es la vía contencioso-administrativa la competente para decidir si procede o no dicha retención.

En la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 1 de julio de 2002**, I.L. J 1810, se analiza un supuesto en el que el fondo de la litis es la petición de devolución de una serie de cantidades percibidas por la TGSS que se consideran ingresos indebidos, y una serie de cantidades a juicio de la demandante debidas en concepto de intereses. Por lo tanto, se está reclamando una indemnización por el anormal funcionamiento de la Administración. En este caso, la competencia es de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que estaríamos ante un supuesto de gestión recaudatoria que por prescripción de la LPL es competencia de esa jurisdicción.

Según la **STSJ de 16 de julio de 2002**, I.L. J 1814, la empleadora actora no impugna la afiliación y alta de determinados trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social, sino únicamente el número de identificación de los contratos laborales de los mismos, mostrando su disconformidad con el asignado, y ello con la finalidad de obtener la bonificación prevista en la cotización a la Seguridad Social para los contratos indefinidos. Esta pretensión incide en la liquidación o determinación de la obligación contributiva por parte de la actora, por lo que ello forma parte de la gestión recaudatoria de los recursos del sistema público, y por tanto, es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La **STSJ de Asturias de 11 de octubre de 2002**, I.L. J 2377, atribuye al orden social la competencia para entender de demandas que, como la inicial de este proceso, persiguen la abstracta declaración de grado de minusvalía, sin instar explícitamente prestación alguna, siempre que pueda entenderse tácitamente solicitada dicha asistencia. Así pues, los supuestos que, como el juzgado en la sentencia, tienen por objeto un grado de minusvalía suficiente para fundar el derecho a la pensión no contributiva, deben ser decididos por el orden social. Por el contrario, la **STSJ de Extremadura de 16 de septiembre de 2002**, I.L. J 2130, estima que el orden contencioso-administrativo es el competente para conocer la revisión del grado de minusvalía, puesto que en el suplico se solicita que se fije a la actora un grado de minusvalía superior al 65 por ciento, sin que se haga mención a prestación de ningún tipo.

Según la **STSJ de Aragón de 7 de octubre de 2002**, I.L. J 2159, la jurisdicción social no es competente para conocer una liquidación diferencial de cotizaciones, pues en la sen-

tencia se trata, en definitiva, de determinar la cuantía de cotizaciones pretéritas y declarar la obligación empresarial de ingresar en la TGSS las diferencias líquidas consiguientes. En la línea de reconocer la competencia al orden contencioso-administrativo se pronuncia también la **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 30 de abril de 2002**, I.L. J 2242, según la cual corresponde a éste conocer de las reclamaciones referentes a la indemnización por asistencia sanitaria inadecuada, por constituir un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, según prescribe la Ley 6/1998, de 13 de julio, LOPJ, así como la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992.

B) Legitimación

La **STS de 16 de septiembre de 2002**, I.L. J 1877, concluye que la asistencia jurídica de la Administración de la Seguridad Social, así como la representación y defensa de ésta ante cualquiera que sea el órgano y la jurisdicción de que se trate, correspondía y corresponde a los miembros del Cuerpo Superior de Letrados de la Seguridad Social. Ahora bien, cosa distinta es que tal asistencia y representación excluya la necesidad de la concurrencia del requisito de legitimación para ejercitar la impugnación frente a las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos regionales ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, facultad que monopoliza el Director General de la TGSS.

Según la **STSJ de Murcia de 26 de junio de 2002**, I.L. J 1643, fallecido el causante, al que se le declaró una incapacidad permanente total para la profesión habitual de peón especialista en canteras por causa de accidente de trabajo, se insta la revisión de los hechos, a los efectos de solicitar una incapacidad permanente absoluta. La sentencia no entra a conocer del fondo del asunto por falta de legitimación activa, ya que, si se considera que se trata de un intento de iniciación del expediente y cuestión litigiosa, es claro que la parte actora carece de legitimación activa, pues ello está previsto (según el art. 4 del RD 1399/1995, de 21 de julio) al trabajador o a su representante legal, y en ningún caso se habla de herederos del causante. Si el trabajador murió, ello imposibilita la tramitación del expediente correspondiente, en la medida que se requiere de su presencia física, y tampoco se está, ni puede estarse por lo mismo, ante un proceso de revisión.

La **STSJ del País Vasco de 9 de julio de 2002**, I.L. J 1854, atribuye la legitimación activa a la Mutua para accionar interesando la declaración de que la incapacidad temporal no deriva de accidente de trabajo, basándose en que el interés deviene real y actual por ser éste el único momento en el que la Mutua puede oponerse a la calificación de la contingencia que determinará su eventual responsabilidad en prestaciones futuras (prórroga de la incapacidad temporal, invalidez permanente, etc.), y que entonces no podrá impugnar por ser una calificación ya firme. En este sentido puede entenderse el requisito de “actualidad del interés”, al ser éste el único momento que el interés ciertamente futuro puede ser accionado.

C) Cosa juzgada

La STSJ de Aragón de 28 de octubre de 2002, I.L. J 2165, señala que no procede la devolución del recargo de prestaciones por parte del trabajador, pues hay que tener en cuenta el efecto impeditivo de la cosa juzgada. Dicho efecto juega al caso analizado porque existe un anterior pronunciamiento sobre la materia por parte del Juzgado de lo Social, en autos seguidos entre las mismas partes del presente procedimiento y con el mismo objeto de que al empresario le fuera devuelta la cantidad objeto de dicho recurso. El proceso culminó con un pronunciamiento de fondo desestimatorio de tal pretensión, que el interesado consintió para reproducirla en el ulterior proceso —el presente— como consecuencia de la valoración de las posibilidades de articular contra aquel acuerdo un recurso administrativo de revisión.

JULIA LÓPEZ LÓPEZ

EUSEBI J. COLÁS NEILA

NURIA PUMAR BELTRÁN

EUGENIA REVILLA ESTEVE

FRANCISCO ANDRÉS VALLE MUÑOZ

CONSUELO CHACARTEGUI JÁVEGA

IGNASI AREAL CALAMA

JOSEP FARGAS FERNÁNDEZ

EVA GARRIDO PÉREZ

X. PENSIONES, DESEMPLEO Y PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

Sumario*:

Consideración preliminar. 1. Prestación por desempleo. A) Introducción. B) Cuestiones generales.

C) Nivel contributivo. a) Sujetos beneficiarios. b) Requisitos de acceso a la protección. c) Contenido y modalidades de la prestación. d) Cuantía y dinámica de la acción protectora. e) Supuestos especiales. f) Compatibilidad e incompatibilidades. D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo.

a) Requisitos generales. b) Beneficiarios. a') Subsidios vinculados a responsabilidades familiares. b') Subsidio de prejubilación. c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo. d') Otros Subsidios Especiales. c) Cuantía y dinámica del derecho al subsidio.

d) Compatibilidad e incompatibilidades. E) Prestaciones accesorias y complementarias.

F) Gestión, financiación y pago. G) Valoración final. **2. Jubilación.** A) Jubilación contributiva.

a) Requisitos de acceso a la protección. b) Contenido de la prestación. a') Base reguladora. b') Cuantía de la prestación. c) Dinámica de la protección. d) Derecho transitorio. e) Jubilación anticipada.

f) Jubilación complementaria. g) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Jubilación no contributiva. a) Situaciones protegidas. b) Requisitos generales. c) Cuantía y dinámica.

d) Compatibilidad e incompatibilidades. C) Gestión, financiación y pago. **3. Incapacidad permanente.** A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva). a) Concepto. Grados y baremos.

a') Criterios de valoración: los baremos. b') Incapacidad permanente parcial. c') Incapacidad permanente total. d') Incapacidad permanente absoluta. e') Gran invalidez. b) Requisitos del beneficiario.

c) Prestaciones económicas. a') Clases y cuantía de las prestaciones. b') Base reguladora de las prestaciones. c') Responsabilidad del pago de las prestaciones. d) Dinámica de la protección.

e) Compatibilidad e incompatibilidades. B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva).

a) Concepto. b) Requisitos del beneficiario. c) Cuantía de la pensión. d) Dinámica de la prestación. e) Compatibilidad e incompatibilidades. **4. Muerte y supervivencia.** A) Requisitos del sujeto causante. B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos. a) Viudedad.

b) Orfandad. c) Pensión en favor de familiares. C) Cuantía de las pensiones. D) Dinámica de la protección.

E) Régimen de incompatibilidades.

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

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se analizan en la presente crónica los pronunciamientos que sobre las prestaciones de desempleo, incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia se han recogido en los números 9 a 12 de 2002 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

1. PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

C) Nivel contributivo

b) Requisitos de acceso a la protección

En comentarios anteriores hemos tenido ocasión de comprobar cómo los tribunales suelen entender existencia de fraude de ley, para la obtención de la prestación por desempleo, cuando se produce el cese voluntario en una relación de trabajo de carácter indefinido para suscribir un contrato temporal. Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega en la **STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2002**, I.L. J 1657, pues, en este caso, la demandante justifica un dato muy importante para acceder a la prestación por desempleo, como es el que su cese en el empleo anterior obedecía a su deseo de acceder a la Administración Pública, aunque fuera en concepto de interina, pues esto le abría las puertas a sucesivas contrataciones. Asimismo, la demandante justifica numerosos intentos de lograr una contratación por un organismo público, lo que acredita que quería trabajar con unas condiciones de mayor estabilidad que las que puede ofrecer una entidad privada, adecuadas a su categoría profesional e incluso con mayor retribución. Por tanto, entiende el tribunal que su conducta no puede ser considerada como fraudulenta, sino que cumple cuantos requisitos son imprescindibles para considerar que existe situación legal de desempleo y por tanto derecho a la prestación.

En la **STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2002**, I.L. J 1957, se entiende que no puede considerarse como hechos indiciarios de fraude de ley, ni el cese voluntario que no es más que el ejercicio de una facultad que la Ley otorga al trabajador, ni la posterior formalización de un nuevo contrato de trabajo que es expresión, para el trabajador de su derecho al trabajo, y para la empresa, de la facultad de libre contratación que impera en el campo de las relaciones laborales. La Entidad Gestora desestima la pretensión del actor de obtener la prestación por desempleo, limitándose a aplicar el art. 208.1.g) LGSS que establece que se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores, cuando se extinga su relación laboral por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción o desde la sentencia que declaró el despido procedente, al constatare que entre la extinción del contrato precedente por baja voluntaria y el nuevo contrato no había transcurrido un plazo de tres meses.

Además, consta que el nuevo contrato no ha supuesto mejora laboral alguna para el trabajador, asimismo los servicios para la nueva empresa se prestaron en Madrid, cuando el domicilio del trabajador radica en Barcelona y no existe mejora salarial. Por lo que de todos estos datos se puede extraer la consecuencia de que el segundo contrato estaba preparado para acceder a las prestaciones por desempleo y por tanto en fraude de ley.

En el caso resuelto por la **STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2002**, I.L. J 1680, el empresario del demandante pone fin al contrato laboral temporal por vencimiento del término pactado, sin embargo, el trabajador impugna esta decisión por entender que no concurre, y que la decisión empresarial constituye un despido nulo o improcedente. Esta impugnación, sin embargo, no impide que el trabajador quede en situación legal de desempleo y pueda acceder al reconocimiento de la prestación. Si el resultado final de la impugnación resulta ser la calificación del despido como improcedente, tal y como sucedió en el presente caso, resulta que el contrato se extinguió por una causa que no es la invocada para generar derecho a la prestación reconocida sino otra distinta, aunque también generadora del derecho a la misma y que afecta a su duración y cuantía. Sin embargo, según el Tribunal, en los casos en los que el trabajador viene ya cobrando la prestación por haberla solicitado al amparo de la inicial decisión empresarial, resulta absurdo pedirle que formule una nueva petición, siendo necesario únicamente que comunique la decisión judicial al INEM para que éste adapte el reconocimiento a la nueva causa.

El problema de si procede o no estimar prestación por desempleo tras la extinción de un contrato temporal es el resuelto en la **STSJ de Murcia de 9 de septiembre de 2002**, I.L. J 1960; que sigue la línea ya iniciada por otros pronunciamientos anteriores de esta misma sala, o por el Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de marzo de 2001, acerca de entender que no cabe exigir al trabajador que accione por despido cuando el vínculo laboral tienen una apariencia de temporalidad y el cese del trabajador se produce por denuncia empresarial y no cesando el trabajador por propia voluntad ni por renuncia a sus derechos, y por tanto no viéndose obligado a averiguar si su cese responde a una causa de ilegalidad. Según el Tribunal Supremo, la regulación de los contratos temporales es muy compleja y ha dado lugar a una copiosa y variada interpretación judicial sobre los efectos que producen las irregularidades cometidas en la contratación y no es razonable entender que los trabajadores deban conocer con precisión la minuciosa regulación de la misma en la medida suficiente como para que puedan calificar la validez de la cláusula de la temporalidad e impugnen la decisión empresarial de denuncia del contrato, cuando éste pudiera haberse convertido en indefinido, y en caso contrario, presumir que la terminación del contrato se ha producido por voluntad del trabajador. Debe entenderse que cuando el vínculo mantiene una apariencia de temporalidad y se produce la extinción por las causas previstas en el contrato no cabe imponer al trabajador la exigencia inexcusable de que demande por despido para que nazca el derecho a la prestación de desempleo, pues eso supondría atribuirle una carga que no viene establecida por ley, la que sólo requiere que se acredite el hecho cierto de la extinción del contrato temporal por la voluntad del empresario con base en las causas válidamente establecidas en el contrato. A esta misma conclusión se llega en la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 2255.

Como es sabido uno de los requisitos exigidos para poder tener acceso a la prestación por desempleo es “poder y querer trabajar” (art. 203.1 LGSS), pues bien, el incumplimiento de este requisito es el que lleva a la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 24 de septiembre de 2002**, I.L. J 2123, a denegar la prestación por desempleo a la actora, la cual había ejercitado su derecho conforme al art. 41.3.2 ET de rescindir su contrato de trabajo por reducción de las horas semanales de trabajo. Ahora bien, la empresa ofrece posteriormente a dicha baja, la reincorporación a su anterior puesto de trabajo, con iguales condiciones que en su contrato inicial, lo que rechaza la actora porque entiende que a la fecha de comunicación de esa oferta el contrato se encuentra ya extinguido, siendo imposible su reactivación. Es fundamental decir que la actora presenta el Alta Inicial de Prestación por Desempleo ante el INEM una vez que tenía en su poder la propuesta de la empresa, y por tanto infringe el requisito establecido en el art. 203.1 LGSS, en cuando a “poder y querer trabajar”.

El legislador en la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social 66/1997, de 30 de diciembre, concretamente en su art. 40, optó por desproteger a los desempleos parciales derivados de una reducción definitiva de jornada, que no constituyen, situación legal de desempleo, cuando el trabajador consiente la modificación sustancial de sus condiciones laborales y no resuelve su contrato. Esta doctrina es la aplicada en la **STSJ de Asturias de 25 de octubre de 2002**, I.L. J 2378, para denegar la prestación a la actora.

Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1998, “el legislador suprime el derecho a la prestación de desempleo como reacción frente a conductas que revelan una actitud de pasividad laboral o profesional no merecedora de tal prestación. Por el contrario, la búsqueda activa de un trabajo productivo, la consecución del mismo y su prolongación por el mayor tiempo posible son conductas y situaciones que merecen una valoración jurídica positiva, en cuanto ponen en práctica deberes, derechos y principios constitucionales, como el deber de trabajar y el derecho al trabajo, declarados ambos en el art. 35 de la Constitución, y el pleno empleo mencionado en el artículo 40.1 (...)”. Por esto, la **STSJ de Extremadura de 14 de octubre de 2002**, I.L. J 2425, declara el derecho del actor a percibir las prestaciones por desempleo, pues su actitud es plausible, al haber iniciado una actividad laboral como trabajador autónomo, después de haber sido despedido por la empresa en la que prestaba sus servicios, despido que posteriormente fue declarado improcedente. Lo contrario iría en contra del principio de valoración positiva del trabajo en nuestro ordenamiento constitucional con el fin de no frenar las iniciativas de ocupación por cuenta propia de los desempleados con el fin de aliviar las obligaciones de protección del sistema de Seguridad Social.

c) Contenido y modalidades de la prestación

En el caso resuelto por la **STSJ de Valencia de 9 de enero de 2002**, I.L. J 2036, la actora solicita el pago único de la prestación contributiva de desempleo, alegando que dicha cantidad va a ser afectada a un proyecto de inversión y actividad, concretamente la acti-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

vidad a realizar sería la “Promoción y Construcción”, con la forma jurídica de una Sociedad Cooperativa Limitada.

El Instituto Nacional de Empleo le concede la prestación, indicándole que en el plazo de un mes debe presentar los documentos que acrediten el inicio de dicha actividad y la participación de la actora en ella. Transcurrido dicho plazo sin alegación alguna, el INEM dicta una resolución declarando el cobro indebido por la actora de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, exigiendo su devolución.

De diversos pronunciamientos judiciales, se extrae la consecuencia de que el transcurso del plazo del mes previsto en el art. 4 del RD 1044/1985, de 19 de junio, para acreditar el inicio de la actividad, el alta en la Seguridad Social y el desembolso de la cantidad prevista en la memoria, no supone la percepción indebida, ya que se pueden acreditar tales extremos, destruyendo la presunción *iuris tantum* que contiene el art. 7.2 del RD anterior.

En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, entendiendo que siempre que la actividad comience después de la situación legal de desempleo, es legítimo percibir la prestación para esa actividad iniciada con anterioridad siempre y cuando el inicio de la actividad y la inversión tengan lugar fuera del plazo del mes previsto por la norma, pero dentro de un período prudencial a partir del que se percibe la cantidad capitalizada.

e) Supuestos especiales

El caso resuelto por la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 28 de junio de 2002, I.L. J 2266, concluye con la denegación de la prestación por desempleo al actor por entender que ostenta un cargo público político de libre designación (Director General de la Vivienda y Arquitectura de Ceuta), no teniendo la condición de funcionario de carrera en situación de servicios especiales, y no realizando funciones laborales sino potestades administrativas. Por tanto, no se trata ni de un trabajador por cuenta ajena, ni de personal contratado en régimen de derecho administrativo, ni de funcionario de empleo al servicio de la Administración Pública, y en definitiva, no cabe incluirlo entre las personas con derecho a desempleo.

f) Compatibilidad e incompatibilidades

Las cotizaciones efectuadas con anterioridad a la declaración de incapacidad permanente total no tienen valor a efectos de otra prestación económica. Ésta es la conclusión a la que se llega en la STSJ de Madrid de 11 de julio de 2002, I.L. J 2100, cuando el demandante solicita el abono de la prestación por desempleo y pretende que le sean tenidas en cuenta las cotizaciones efectuadas con anterioridad a la concesión de la prestación por incapacidad permanente total.

El único período de cotizaciones que se puede tener en cuenta es el reunido en el último empleo compatible con la incapacidad permanente total, en el cual el actor no reúne

el período mínimo de cotización de 360 días para generar la prestación debida, por lo que procede desestimar su pretensión.

En un supuesto muy similar, el resuelto en la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 21 de marzo de 2002**, I.L. J 2226, sin embargo se llega a la solución contraria. En este caso la demandante venía percibiendo la pensión por incapacidad permanente total, no obstante, deja de percibirla al producirse una variación en el estado de sus lesiones que determinan la inexistencia de grado alguno de incapacidad. Ante tal situación, la actora solicita su reincorporación a la empresa en la que trabajaba, la cual le comunica que su reincorporación ha de ser en otra localidad; la actora rechaza dicho traslado y solicita la prestación por desempleo.

En este caso, a diferencia del anterior el tribunal entiende que la actora tiene derecho a la prestación que solicita, pues el art. 210.1 LGSS dice que se computarán los períodos de ocupación cotizada en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación de cotizar, por lo que si la actora proviene de una invalidez permanente total, en que no hay obligación de cotizar, los seis años han de computarse desde el inicio de la invalidez hacia atrás. Como vemos en este caso el tribunal no hace referencia al hecho de que esas cotizaciones anteriores ya han sido tenidas en cuenta para la concesión de la prestación por incapacidad permanente total y que por tanto no pueden ser de nuevo computadas, con lo que se aparta de una corriente jurisprudencial existente en este sentido.

D) Nivel asistencial: los subsidios por desempleo

b') Subsidio de prejubilación

De nuevo aparece el tema de la insuficiencia de rentas para tener acceso al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, y en este caso es el **STS de 28 de octubre de 2002**, u.d., I.L. J 2011, en la que reiterando pronunciamientos anteriores en la materia, concluye que el requisito del tope cuantitativo de ingresos está referido en exclusiva al solicitante del subsidio, sin que el cómputo del indicado tope quede condicionado al número de miembros que integran la unidad familiar, de tal suerte, que para tener derecho al subsidio hay un primer requisito, consistente en la carencia de rentas, y sólo cuando este requisito ha sido superado es cuando pueden acreditarse cargas familiares. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2002**, I.L. J 2137.

La falta de cotización por parte de una empresa no impide al trabajador que ha prestado servicios el ejercicio de sus derechos, incluida la posible prestación de jubilación y ello sin perjuicio de la posible responsabilidad empresarial. El Tribunal Supremo en Sentencia de 30 de marzo de 1998, ya estableció que tanto para la prestación de desempleo como para las del nivel asistencial, deben computarse las cotizaciones que debió efectuar la empresa, sin perjuicio de su responsabilidad. Esta doctrina jurisprudencial es la que sirve

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

de base a la STSJ de Baleares de 2 de septiembre de 2002, I.L. J 2306, para estimar el derecho al subsidio por desempleo para mayores de 52 años, pues la actora reúne todos los requisitos salvo la edad para tener derecho a la pensión de jubilación, ya que se ha de computar como período cotizado aquel en el que la empresa debió ingresar las cotizaciones y no lo hizo.

c') Subsidio de desempleo para los trabajadores eventuales del campo

El Tribunal Supremo en STS de 25 de septiembre de 2002, recurso de casación para la unificación de doctrina, I.L. J 1907, resuelve la cuestión de si los trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios agrícolas por cuenta ajena, tienen o no derecho a percibir las prestaciones por desempleo, tanto en el nivel contributivo como en el asistencial, en el período de inactividad laboral entre la conclusión de una campaña y el inicio de la siguiente. Según el Tribunal Supremo, quedan excluidos de la protección por desempleo los trabajadores fijos discontinuos que se caracterizan por realizar tareas de ejecución intermitente o cíclica de manera periódica en determinados períodos o temporadas. Y es que estos trabajadores, por definición, “no pierden su ocupación por causas a ellos no imputables”, sino que, conforme a lo pactado, se interrumpe la ejecución de contrato una vez finalizada la temporada, reanudándose al comenzar la nueva, modalidad que según el Tribunal Supremo reconduce el art. 12 ET al contrato a tiempo parcial.

2. JUBILACIÓN

A) Jubilación contributiva

a) Requisitos de acceso a la protección

– Aplicación de convenios bilaterales.

Especialmente interesante es la STJCE de 15 de enero de 2002, I.L. J 2311, que establece que con arreglo a las obligaciones comunitarias que les incumben, las autoridades de seguridad social competentes de un primer Estado miembro (en el asunto principal, la República Italiana) deben computar a efectos del derecho a prestaciones de vejez los períodos de seguro cubiertos en un país tercero (en el asunto principal, la Confederación Suiza) por un nacional de un segundo Estado miembro (en el asunto principal, la República Francesa) cuando, en las mismas condiciones de cotización, dichas autoridades competentes reconocen, de conformidad con un convenio internacional bilateral celebrado entre el primer Estado miembro y el país tercero, el cómputo de dichos períodos cubiertos por sus propios nacionales. La Sentencia mantiene, a este respecto, que el principio fundamental de igualdad de trato obliga a un Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas de las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, sin que el hecho de que, por su parte, los países terceros no tengan que respetar ninguna obligación con arreglo al Derecho comunitario sea relevante. La única excepción a este principio es que se pueda justificar objetivamente su denegación, considerando que puede ser una justificación objetiva el

que dicha aplicación del convenio bilateral pudiera cuestionar el equilibrio y la reciprocidad del mismo, lo que no ha sido probado en el caso concreto.

– Requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones al RETA.

Requisito indispensable para que el trabajador pueda acceder a la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos es que se halle al corriente en el pago de “sus cuotas” (art. 28.2 del Decreto 2530/1970 y art. 57.2 de la OM de 24 de septiembre de 1970), requisito que, sin embargo, puede ser cumplido cuando la Entidad Gestora le invita a cubrir el descubierto existente. Precizando esta cuestión, la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 16 de septiembre de 2002**, I.L. J 2119, establece que:

“estas cuotas son las correspondientes a su condición de trabajador autónomo y no puede admitirse que tenga que estar al corriente en el pago de su aportación de cotización a la Seguridad Social, por los trabajadores por cuenta ajena que haya tenido, porque estas aportaciones no constituyen ‘sus cuotas’, entendidas como suma dineraria que los cotizantes han de pagar a la Seguridad Social, sino obligaciones impuestas al empleador de abonar parte de la cuota que junto con la aportación del trabajador arrojan la cuota total que el empresario debe ingresar”.

De ahí que la citada Sentencia considere que no procede expediente de revisión de la pensión de jubilación reconocida, no admitiendo que la TGSS pueda imputar el pago de las cuotas del RETA al pago de otras deudas más antiguas correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social.

– Cómputo de las cotizaciones del INEM durante el disfrute del subsidio de mayores de 52 años.

En la **STS de 18 de julio de 2002**, u.d., I.L. J 1720, pese a declarar la inexistencia de contradicción en el recurso planteado, se pone de manifiesto la modificación legal operada en cuanto al cómputo de las cotizaciones del INEM durante el disfrute del subsidio de desempleo de mayores de 52 años, que implica naturalmente cambiar la doctrina jurisprudencial que al respecto se había mantenido. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había establecido que las cotizaciones que acompañan a los períodos de subsidio son eficaces desde el punto de vista de la carencia, ya que ninguna norma las excluía o exceptuaba. Sin embargo, la modificación legislativa operada por la Disposición Adicional Vigésima Primera de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que estableció una nueva Disposición Adicional Vigésima Octava a la LGSS de 1994, determina expresamente que las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora para la contingencia de jubilación, conforme a lo previsto en el art. 218.2 LGSS, tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquella, pero en ningún caso tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido, que ha de quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

- Cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos secularizados.

Se reitera la jurisprudencia ya consolidada sobre el cómputo de las cotizaciones de los sacerdotes y religiosos secularizados, considerando que “no hay ninguna razón que pueda justificar que a los sacerdotes y religiosos secularizados se les reconozcan períodos de tiempo que la normativa legal no autoriza a incluir a aquellos otros que han permanecido en el sacerdocio o en la profesión religiosa”. Se trataría de una interpretación contraria el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE el establecer para este colectivo un nivel de protección superior a aquel que la legalidad vigente dispensa al resto de los trabajadores, incluidos los que quedan encuadrados en el RETA. En consecuencia no puede deducirse que la normativa autorizara a tomar en cuenta todos los años de ejercicio sacerdotal o de profesión religiosa, sin ninguna limitación temporal. De ahí que el *dies a quo* para el cómputo de las cotizaciones de este colectivo sea el de 1 de enero de 1962, fecha en que se creó la primera mutualidad de trabajadores autónomos (STSJ de Valencia de 9 de enero de 2002, I.L. J 2048). Igual doctrina se aplica en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 29 de abril de 2002, I.L. J 2238, que considera aplicable el RD 2665/1998, de 12 de diciembre, a la jubilación parcial.

b) Contenido de la prestación

a') Base reguladora

- Determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones en diversos países.

Cuestión permanentemente conflictiva, pese a las numerosas sentencias existentes en unificación de doctrina, es la determinación de la base reguladora cuando existen cotizaciones a diversos países miembros de la Unión Europea (véase al respecto la crónica correspondiente al núm. 13 de esta Revista y los números anteriores). El Tribunal Supremo, en el supuesto de un trabajador perteneciente al Régimen Especial de Trabajadores del Mar que realizó cotizaciones en España y en Holanda, mantiene en la STS de 21 de octubre de 2002, u.d., I.L. J 1998, que las cotizaciones teóricas incorporadas a la base reguladora de las pensiones españolas han de referirse a las cotizaciones medias, y no a las cotizaciones mínimas o a las cotizaciones máximas, de un asegurado que trabaja en España.

Se mantiene igualmente en esta Sentencia, respecto a otra cuestión igualmente controvertida, que para el cálculo de la prorrata de pensión a cargo de España no procede computar las cotizaciones ficticias por bonificación que le correspondan al causante, ya que “basado todo el sistema de seguridad social comunitario en la necesidad de garantizar la libre circulación de los trabajadores de forma que por el hecho de la emigración no se vean perjudicados en sus derechos (...), la previsión de bonificación de cuotas en razón del trabajo desarrollado por el demandante [naturaleza especialmente penosa e insalubre de determinados trabajos en la marina mercante, en este caso] no puede aceptarse para la aplicación del prorrateo en cuanto que se trata de una institución ajena a los principios de coordinación comunitarios, puesto que no ha hecho de peor condición al

demandante por la circunstancia de haber prestado sus servicios en otros países comunitarios”.

– Incremento de la base reguladora.

Supuesto de fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil en relación con el art. 162.2 y 3 de la LGSS es el que se aprecia en la **STSJ de Andalucía, Granada, de 8 de octubre de 2002**, I.L. J 2368, que declara arbitraria la ampliación salarial del actor, circunscrita prácticamente a los últimos años de cotización, afectando únicamente a su persona y no a los demás empleados de la empresa, y sin que tampoco haya cambiado de categoría ni obtenido otra superior. Se califican, así, dichos incrementos de fraudulentos, sin que puedan tenerse en cuenta para fijar la base reguladora del trabajador.

Para determinar si los incrementos están justificados o no, la jurisprudencia considera que se ha de examinar caso por caso a fin de concluir si los incrementos están justificados por un ascenso de categoría, mejoras salariales de convenio en el sector de que se trate o modificación en el sistema retributivo adoptado por la empresa. En este sentido, la **STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2002**, I.L. J 1942, considera que ha de examinarse con atención “de quién parte la iniciativa del incremento y la posición que en la estructura jerárquica de la empresa ocupa el beneficiado por el incremento”. Así, en el supuesto analizado en esta Sentencia, se trata de un jefe de sucursal, sin poder de decisión al respecto y el incremento experimentado en sus cotizaciones ha sido paralelo y en proporción al de los trabajadores de los grupos 5 y 7 en los mismos períodos, por lo que ha de considerarse que se trata de un incremento razonado.

También se considera justificado el incremento de la base reguladora, como consecuencia de un ascenso de categoría profesional con el correspondiente incremento salarial y el pase del trabajador a un grupo de cotización superior, en el caso analizado en la **STSJ de Madrid de 9 de julio de 2002**, I.L. J 2094, sin que sea aplicable el art. 162.2 LGSS (referido a incrementos de los dos últimos años en la base de cotización que sean consecuencia de aumentos salariales superiores al incremento medio interanual experimentado en el convenio colectivo aplicable). La sentencia declara, además, en este caso, que existe justificación para una cotización complementaria, por lo que la extemporaneidad en el ingreso de tales diferencias pero antes de producirse el hecho causante carece aquí de trascendencia.

La **STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2002**, I.L. J 1943, considera que no pueden ser tenidos en cuenta para solicitar una mayor base reguladora de la pensión de jubilación los servicios prestados por la actora con anterioridad a 1967 al tratarse de una trabajadora extranjera (de nacionalidad británica) que no tenía regularizada su situación administrativa al no haber obtenido el permiso de trabajo y residencia correspondiente en el período controvertido. Se ha de tener en cuenta, no obstante, que este supuesto se refiere a una situación producida con anterioridad a la entrada en vigor en nuestro país de la aplicación del principio de libre circulación de los trabajadores nacionales de

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Estados miembros de la Unión Europea y también de la vigente Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, respecto a los trabajadores no comunitarios, ya que, en uno y otro caso, los efectos producidos respecto a una situación como la del caso de autos sería distinta.

– Aplicación de la “doctrina del paréntesis”.

Se sigue manteniendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la aplicación de la llamada “doctrina del paréntesis”, considerando que “el período en que se está en paro involuntario e inscrito en la correspondiente oficina como demandante de empleo ha de considerarse como paréntesis no computable a efectos de carencia específica exigible para la prestación solicitada” (**STSJ de Castilla y León, Burgos, de 25 de junio de 2002, I.L. J 1621**).

No obstante, hay que señalar que en el momento actual, tras la modificación del art. 162.1 LGSS por la Ley 24/1997, de 15 de julio, el Tribunal Supremo considera que no es aplicable esta “doctrina del paréntesis” para la determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación. Doctrina jurisprudencial que es acogida en la **STSJ de Cataluña de 6 de junio de 2002, I.L. J 1673**, que pone de relieve la redacción taxativa del citado precepto, sobre determinación de la base reguladora de la pensión de jubilación, en el sentido de que los meses a computar para su cálculo son los inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante. Por lo tanto, señala la citada sentencia, recogiendo la Sentencia de la Sala de 16 de octubre de 2000, que:

“resulta imposible realizar una interpretación *contra legem*, aplicando la denominada teoría del paréntesis que había sido admitida tradicionalmente tanto por el propio INSS como por la doctrina jurisprudencial en aplicación de la Circular de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 5 de diciembre de 1986 por la que se amplió el ámbito de aplicación de la Circular de fecha 17 de marzo de 1986 a los supuestos de jubilación y análogos, al ser evidente la voluntad del legislador en el sentido de que con posterioridad al día 5 de agosto de 1997, ya referenciado, no se vuelva a aplicar dicha teoría del paréntesis a las pensiones de jubilación que se causen, tesis que no se contraría por el hecho de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo haya declarado que continúa siendo válida la doctrina del paréntesis para la invalidez permanente, ya que en dicha materia no se ha producido ningún cambio legislativo que obligue a cambiar la doctrina jurisprudencial”.

d) Derecho transitorio

La naturaleza subsidiaria y carácter residual de la prestación de vejez del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI) y su incompatibilidad con la pensión de jubilación reconocida por el RETA se pone de manifiesto en la **STSJ de Cataluña de 29 de octubre de 2002, I.L. J 2417**. Recogiendo la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias y que se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2002, se señala, respecto a la naturaleza jurídica de las pensiones del SOVI, su carácter residual en el ordenamiento vigente del actual sistema de Seguridad Social, y la

naturaleza subsidiaria de sus prestaciones, en el sentido de que su reconocimiento se condiciona a que el posible beneficiario no tenga derecho a ninguna pensión en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social. En la Sentencia que reseñamos se declara el derecho del demandante a la pensión de vejez del SOVI, que “no constituye una mera expectativa sino un derecho recocado, cuya efectividad sólo depende de una acción del actor”; no obstante, también se declara que este régimen de prestaciones “subsiste en nuestro sistema de Seguridad Social a extinguir o residualmente para aquellos supuestos en los que no exista derecho al cobro de otra pensión”. De ahí que el reconocimiento de esta prestación supondría diferir su incompatibilidad al momento del abono efectivo de la pensión por el RETA, lo que únicamente supondría un claro perjuicio para el demandante que se vería posteriormente obligado a devolver la prestación indebidamente percibida.

e) Jubilación anticipada

– Prejubilaciones y bajas incentivadas.

Interesante es la **STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2002**, I.L. J 1656, que analiza la naturaleza de un contrato de prejubilación suscrito por el actor y su validez frente al INSS, en cuanto a la aplicación del porcentaje de reducción aplicable a la jubilación anticipada. Al respecto considera la citada Sentencia que no es aplicable el porcentaje de reducción del 7 por ciento que establece la Disposición Transitoria Tercera, apartado primero, párrafo segundo, de la LGSS, en la redacción introducida por la Ley 24/1997, que es aplicable a los supuestos de jubilación anticipada como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. El actor suscribió con la empresa un “contrato de prejubilación” aceptando la oferta económica que la empresa le realizó, lo que se configura como un supuesto de extinción del contrato de trabajo mediante el mutuo disenso, que es manifestación de la voluntad concorde de las partes. La Sentencia establece, en este sentido, que “ni la eventualidad de un futuro expediente de regulación de empleo en el que hubiera podido estar incluido el actor, ni la posibilidad de un cambio de puesto de trabajo o de un traslado pueden ser entendidos como violencia o intimidación que hubiera podido viciar el consentimiento prestado”, por lo tanto, no puede pretender el actor que “frente a un tercero como es el INSS, que ninguna intervención tuvo en él, se considere como no voluntario un cese que se pactó como tal”.

B) Jubilación no contributiva

b) Requisitos generales

– Carencia de rentas o ingresos suficientes.

La línea divisoria entre la suficiencia o insuficiencia de medios económicos a efectos de causar derecho a una pensión de jubilación no contributiva se determina mediante el

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

mecanismo del límite de acumulación de recursos, estableciéndose un límite de ingresos respecto del beneficiario a nivel individual o subsidiariamente en el plano de la unidad económica familiar. El cómputo de los ingresos, en este sentido, es una cuestión normalmente controvertida, sobre la cual el Tribunal Supremo está empezando a aplicar una interpretación más flexible. En este ámbito, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de mayo de 2002**, I.L. J 1753, se pronuncia sobre como deben ser computados los ingresos irregulares de la unidad de convivencia. En el supuesto concreto existe una unidad de convivencia entre la demandante, su esposo y su hijo, considerando que los ingresos del hijo de la actora, que se producen durante seis meses del año 2000, deben computarse, a los efectos de determinar si se supera o no el límite de acumulación de recursos previsto legalmente para el año 2000, atendiendo al año natural en que se producen, “prorrateando tales ingresos irregulares mensualmente”, sin que sea posible efectuar cálculos percibidos, ya que tanto la LGSS, art. 144.1.d), como el RD 357/1991, art. 11, “aluden al módulo anual, esto es, se deben computar los ingresos de que se dispongan o se prevea se van a disponer, en cómputo anual, de enero a diciembre”.

– Requisito de residencia.

La **STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2002**, I.L. J 1768, establece que la residencia habitual no se equipara a residencia legal, considerando, respecto a la demanda de prestación de jubilación no contributiva presentada por un extranjero, que la residencia legal es un concepto que “no es el de estancia, ni tampoco equivale a realizar algún trabajo o tener cuentas abiertas, sino que se refiere a una situación administrativa que requiere ese reconocimiento”, situación administrativa que viene determinada por la Ley de Extranjería (Ley Orgánica de Extranjería de 1 de julio de 1985 en el caso concreto). Por ello, aún declarándose probada la residencia habitual en nuestro país, se considera que el demandante no reúne el requisito de diez años de residencia legal.

– Determinación de la unidad familiar de convivencia.

La determinación de la unidad familiar de convivencia se realiza para fijar el límite de acumulación de ingresos por debajo de los cuales se tenga derecho a la prestación, fijando diferentes límites en función del número de familiares que conviven con el solicitante y unidos a él con relación de parentesco. En relación con esta cuestión, la **STS de 23 de septiembre de 2002**, u.d., I.L. J 1892, declara que “no es lícito incrementar el número de componentes de la unidad familiar de convivencia mediante el artificio de incluir en ella a una hija, casada con quien percibe ingresos procedentes de su trabajo por cuenta ajena, solicitando, al mismo tiempo, que los ingresos del yerno no se computen como integrantes de la totalidad de rentas de la unidad “. Por lo tanto, entiende el Tribunal que, pese al empadronamiento en el mismo domicilio, la hija de la actora y su esposo forman una unidad distinta.

3. INCAPACIDAD PERMANENTE

A) Incapacidad permanente (modalidad contributiva)

a) Concepto. Grados y baremos

b') Incapacidad permanente parcial

Respecto a este concreto grado de incapacidad permanente, la **STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 2143, reconoce que las dolencias del actor (albañil por cuenta ajena) derivadas de accidente de trabajo se corresponden con la incapacidad permanente parcial declarada en instancia.

c') Incapacidad permanente total

Nuevamente volvemos a encontrar, en los números de I.L. aquí reseñados, una acabada muestra del casuismo a atender respecto a las situaciones eventualmente susceptibles de ser declaradas constitutivas de incapacidad permanente total.

Así, estimatoria de la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para incluir concretos estados patológicos en la situación contemplada en el art. 137.4 LGSS es la **STSJ de Galicia de 23 de julio de 2002**, I.L. J 1838, respecto a las dolencias padecidas por un peón de la construcción; igualmente estimatoria la **STSJ de Galicia de 20 de julio de 2002**, I.L. J 1835, que analiza las dolencias de una labradora; la **STSJ de Asturias de 26 de julio de 2002**, I.L. J 1707, enjuiciando las dolencias de un minero de interior; la **STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2002**, I.L. J 2140, al conocer del cuadro patológico de una trabajadora del Régimen Especial Agrario; la **STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2002**, I.L. J 2141, respecto a las limitaciones de un conductor; la **STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 2147 y la **STSJ de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 2148, sobre dolencias de trabajadores agrarios por cuenta propia. Estimatoria también de este concreto grado de incapacidad permanente es la **STSJ de Cantabria de 27 de septiembre de 2002**, I.L. J 2326, al valorar los padecimientos del actor, de profesión Oficial 2ª albañil.

Desestimatorias de la concurrencia de este concreto grado de incapacidad son, en cambio, la **STSJ de Andalucía, Málaga, de 21 de junio de 2002**, I.L. J 1762, al valorar las dolencias de la actora, de profesión maquinista de confección textil; la **STSJ de Galicia de 5 de julio de 2002**, I.L. J 1824, respecto a las dolencias de una embaladora de pizarra; la **STSJ de Galicia de 20 de julio de 2002**, I.L. J 1837, al ponderar los padecimientos del actor, de profesión labrador; la **STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2002**, I.L. J 2138, respecto a las dolencias de un peón de limpieza; la **STSJ de Galicia de 20 de septiembre de 2002**, I.L. J 2133, la **STSJ de Galicia de 24 de septiembre de 2002**, I.L. J 2135, y la **STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 2144, sobre dolencias de trabajadores agrarios por cuenta propia.

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

Respecto a los efectos de la declaración de incapacidad permanente total sobre la relación laboral es reseñable la **STSJ de Andalucía de 17 de julio de 2002**, I.L. J 2285, referida a la declaración de incapacidad permanente total del empresario que motiva la extinción contractual por vía del art. 49.1.g) del Estatuto de los Trabajadores.

d') Incapacidad permanente absoluta

Los pronunciamientos judiciales recogidos en los números de I.L. aquí reseñados respecto a este grado de incapacidad permanente son mayoritariamente desestimatorios. Así, desestiman la concurrencia de este concreto grado la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de marzo de 2002**, I.L. J 2215, al enjuiciar los padecimientos de un albañil; la **STSJ de Galicia de 1 de octubre de 2002**, I.L. J 2184, referida al cuadro patológico del actor, de profesión labrador, y la **STSJ de Galicia de 20 de septiembre de 2002**, I.L. J 2134, desestimatoria del reconocimiento de incapacidad permanente absoluta por agravación a la actora, labradora por cuenta propia.

Estimatoria, en cambio, es la **STSJ de Andalucía, Málaga, de 17 de julio de 2002**, I.L. J 2270, que declara que las lesiones padecidas por el actor (pérdida total de visión del ojo derecho y miopía magna del ojo izquierdo con disminución de agudeza visual 6/10, pérdida de campo visual importante y de la visión binocular) le hacen tributario del grado de incapacidad reconocido en cuanto que le impiden seguir dedicándose con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia no ya a su profesión habitual sino a cualesquiera otras.

e') Gran invalidez

La **STSJ de Aragón de 3 de julio de 2002**, I.L. J 1695, señala que no es óbice al reconocimiento del grado de gran invalidez el internamiento de la actora en una residencia privada, pues “el complemento de pensión es de titularidad del gran inválido y éste (o quienes tengan responsabilidad de su cuidado, o representantes) tanto pueden buscar la atención en persona o personas determinadas, como por medio de centro de atención particular”, cumpliéndose así la finalidad prevista legalmente para el complemento.

Por su parte, la **STSJ de Aragón de 28 de octubre de 2002**, I.L. J 2166, estima la concurrencia de los requisitos legales exigidos para la declaración de gran invalidez, por agravación del estado del actor, señalando que es la enfermedad, no su fase terminal, la que provoca que el demandante no pueda realizar por sí los actos esenciales de la vida.

b) Requisitos del beneficiario

La **STSJ de Aragón de 5 de junio de 2002**, I.L. J 1439, ante la cuestión de si para integrar la llamada carencia corta, dentro de los diez años anteriores al hecho causante, debe computarse el período, teórico, máximo de duración de la incapacidad temporal, incluida su prórroga, estima que en el caso enjuiciado el actor está fuera de cualquier situación de alta o asimilación, sin que conste que tuviese voluntad de incorporarse a actividad laboral alguna, faltando los supuestos humanizadores que fundamentan la doctrina

legal que ha permitido, en determinados casos, el cómputo del tiempo de incapacidad temporal aun sin que la misma se hubiese llegado a solicitar o iniciar.

La **STS de 30 de abril de 2002**, I.L. J 1021, se inscribe igualmente en el ámbito del requisito de carencia, viniendo referida al cómputo recíproco de cotizaciones, recordando la sentencia que la cuestión ya ha sido unificada (STS de 12 de mayo de 1999) sobre el dato del inequívoco contenido del art. 35 de Decreto 2530/1970, que otorga el reconocimiento de la pensión a aquel Régimen en que el interesado tenga acreditado mayor número de cotizaciones.

La **STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2002**, I.L. J 829, tras recordar doctrina unificada por el TS, estima que en el caso enjuiciado no puede otorgarse eficacia a las cotizaciones ex Convenio de permanencia para refrendar una situación (de enfermedad y/o invalidez) ya existente *de facto* con anterioridad, concluyendo que la no evolución significativa de las lesiones originarias comporta que las cotizaciones ex convenio no sean válidas al efecto pretendido en la demanda.

c) Prestaciones económicas

b') Base reguladora de las prestaciones

Nueva aplicación de la doctrina del paréntesis contiene la **STS de 30 de mayo de 2002**, I.L. J 1146, que reitera el esquema argumental de que hemos dado cuenta en anteriores crónicas, recordando las sentencias más señeras al respecto. A la doctrina del paréntesis refiere también la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 21 de mayo de 2002**, I.L. J 1184, que declara inaplicable dicha doctrina al caso enjuiciado

A la base reguladora vienen referidas, además, la **STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2002**, I.L. J 824, que resuelve la cuestión respecto a la fecha de efectos económicos de la base reguladora revisada señalando que los mismos han de retrotraerse a la del reconocimiento del derecho, con el límite de cinco años, y no a los tres meses anteriores a la solicitud. En el mismo sentido la **STSJ de Cataluña de 6 de mayo de 2002**, I.L. J 1192, que igualmente estima que la fecha de efectos de la nueva base reguladora ha de retrotraerse al reconocimiento inicial del derecho.

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de febrero de 2002**, I.L. J 888, a la vista de la doctrina jurisprudencial que mantiene que todas las dolencias y secuelas del interesado han de ser aprobadas conjuntamente, a los efectos de la revisión del grado de invalidez, aunque tengan diferentes fuentes generadoras (contingencia común o profesional), estima que para la determinación de la prestación por incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común debe utilizarse la misma base reguladora que sirvió para el cálculo de la prestación por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, de acuerdo con la doctrina contenida en la STS de 12 de junio de 2000 (Sala General).

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

c') Responsabilidad del pago de las prestaciones

La STSJ de Andalucía, Málaga, de 19 de abril de 2002, I.L. J 1535, conoce de un caso de infracotización estimando que la responsabilidad relativa a las pertinentes diferencias de la prestación corresponde a la empresa, aunque por razones de justicia social y en aras de las garantías de los derechos de los beneficiarios, la entidad gestora está obligada a anticipar el pago de dichas diferencias, con independencia del derecho de la entidad gestora a reclamar dicho importe al empresario demandado.

e) Compatibilidad e incompatibilidades

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 29 de abril de 2002, I.L. J 2239, señala la compatibilidad de la prestación por incapacidad permanente total con la correspondiente a la de incapacidad temporal siempre que el trabajo cuya baja origina el subsidio sea distinto del que generó la prestación por incapacidad permanente total.

Por su parte, la STSJ de Andalucía, Málaga, de 12 de noviembre de 2002, I.L. J 2298, declara la incompatibilidad de la prestación por incapacidad temporal generada en el mismo trabajo para el que se tiene reconocida una incapacidad permanente total.

Referida al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, la STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2002, I.L. J 2402, declara la incompatibilidad entre la prestación por incapacidad permanente total y la realización de la misma actividad profesional para la que fue declarado incapaz.

B) Invalidez permanente (modalidad no contributiva)

b) Requisitos del beneficiario

La única sentencia que, en los números de I.L. J reseñados en esta crónica, refiere a la modalidad no contributiva de invalidez permanente es la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de abril de 2002, I.L. J 1730, que recoge la doctrina contenida en la STS de 22 de mayo de 2000, según la cual para computar como ingreso las cantidades reconocidas en sentencia judicial civil en concepto de pensión compensatoria por separación conyugal, a los efectos de determinar el derecho y la cuantía de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social, no basta con que dicho reconocimiento conste en la ejecutoria civil, sino que es preciso que tales pensiones compensatorias sean efectivamente percibidas por el cónyuge a quien van destinadas.

4. MUERTE Y SUPERVIVENCIA

A) Requisitos del sujeto causante

El requisito de alta exigido al causante en el momento del fallecimiento se encuentra atemperado por la aplicación de la doctrina flexibilizadora y humanizadora –ya comentada en numerosas ocasiones en estas páginas–; doctrina que es aplicada por la STSJ de

Andalucía, Sevilla, de 29 de abril de 2002, I.L. J 2237, en un supuesto en el que la enfermedad (el fallecido padecía toxicomanía hasta el punto de perder la patria potestad de su hijo), se inicia antes de causar baja en la Seguridad Social (se trata de una enfermedad pues no aparece bruscamente), y esta situación explica su falta de inscripción como demandante de empleo en el momento del fallecimiento (lo que supone su consideración en situación asimilada al alta). La misma sentencia aplica la doctrina del Supremo en unificación (de 27 de abril de 1998 y 22 de octubre de 1999), que considera el óbito como accidente no laboral cuando éste se produce de forma repentina e imprevista, directamente producida por una concreta causa externa (como puede ser una droga ingerida en exceso o por defecto de calidad y que conduce a la muerte del afectado); doctrina que supone en la práctica, que una previa enfermedad común, la toxicomanía, se convierta en accidente no laboral cuando su consumo provoque una reacción inusual en el organismo (con el doble beneficio que ello supone: la previa consideración de situación asimilada al alta, y en segundo lugar y como consecuencia, la no exigencia de período previo de carencia para causar derecho a las prestaciones).

En el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos se exige como en el Régimen General, que en el momento del fallecimiento, el causante se encontrara en alta o en situación asimilada, y en el caso de fallecimiento por enfermedad común el mismo período de carencia (500 días dentro de los cinco anteriores a la fecha del fallecimiento), permitiéndose el ingreso extemporáneo de cuotas –incluso ya producido el hecho causante–, aunque sólo en el caso de que se tuviese cubierto el período de carencia mínimo exigido para tener derecho a la prestación (arts. 28.2 del RD 2530/1970 y 57.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970); en otro caso sólo serían computables las cotizaciones extemporáneas si se hubiera concedido el aplazamiento o fraccionamiento en el pago de las cuotas, y siempre que la concesión de los mismos se produzca con anterioridad a la fecha del hecho causante de la prestación (en estos términos, aunque con muchas carencias en la argumentación jurídica, se expresa la **STSJ de Cataluña de 12 de septiembre de 2002**, I.L. J 1937).

En este sentido, y tal y como indica la **STS de 12 de julio de 2002**, I.L. J 1974, las empresas y demás sujetos responsables que tengan concedido aplazamiento en el pago de sus deudas con la Seguridad Social, en tanto cumplan las condiciones para su efectividad se considerarán al corriente en el pago de las mismas (a los efectos de lo previsto en el Reglamento General de Cotización), o lo que es lo mismo, “que las cuotas aplazadas deben ser útiles para el cumplimiento de los requisitos de devengo de prestaciones y de asunción de su pago por el Sistema”, pero siempre que concurren dos circunstancias:

- a) Que el aplazamiento estuviera concedido antes de sobrevenir el hecho causante.
- b) Que el sujeto obligado estuviera cumpliendo los compromisos adquiridos.

Es necesario precisar, como inmediatamente se argumentará, que en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos y para estas prestaciones ya no es nece-

X. Pensiones, Desempleo y Previsión Social Complementaria

sario estar al corriente en el pago de las cotizaciones, aunque por el contrario, sí se mantiene este requisito “adicional” para los trabajadores del Régimen Especial Agrario, tal y como mantiene la **STSJ de Andalucía, Granada, de 29 octubre de 2002**, I.L. J 2372; si bien es cierto que se permite que sus derechohabientes satisfagan su importe y siempre que el período descubierto no fuera superior a doce meses de cotización, a efectos de percibir el subsidio de defunción y a seis meses respecto de las demás prestaciones (arts. 5.3 y 22 del Decreto 2123/1971, de 23 de julio, que aprueba el Texto refundido de las normas reguladoras de la Seguridad Social agraria), pero siempre y cuando el causante reúna el período de carencia específica (que en este Régimen es igualmente de 500 días de cotización en los 5 años anteriores al hecho causante).

El RD 9/1991, de 11 de enero (por el que se establecen las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional para 1991), introdujo en su Disposición Adicional Decimotercera, importantes modificaciones en la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia. En relación con las prestaciones de muerte y supervivencia, establece en su punto tercero, que las mismas serán reconocidas en los mismos términos que en el Régimen General, en lo relativo a sujetos causantes, beneficiarios, períodos previos de cotización, cálculo de la Base Reguladora y porcentaje a aplicar sobre ésta para hallar la cuantía de la prestación; por lo que desaparece el requisito particular que se exigía en este régimen de que el causante se halle al corriente en el pago de las cuotas exigibles, bastando simplemente que se cumplan los requisitos de la afiliación, alta y período mínimo de cotización (STS de 16 de enero de 2001, I.L. J 17 y **STSJ de Canarias, Las Palmas, de 30 de abril de 2002**, I.L. J 2244).

– Exigencia de nexo causal entre accidente y lesión.

El elemento causal exigido para la consideración del accidente como de trabajo (la cláusula establecida por el art. 115 de la LGSS “con ocasión o por consecuencia”), se encuentra atemperado, entre otras, por la presunción *iuris tantum* establecida en el art. 115.3 de la LGSS, donde se establece que se “presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”; situación que es apreciada por la **STSJ de Valencia de 15 de febrero de 2002**, I.L. J 2063, en un supuesto en el que el causante encontrándose en su lugar de empleo y realizando los cometidos propios de su oficio –peón albañil–, sufre un súbito desvanecimiento, diagnosticándose en el Hospital, hemorragia cerebral espontánea, falleciendo al día siguiente, sin que se aprecie hecho alguno que desligue el ataque con el trabajo que realizaba el causante, no siendo excluyente de la presunción, el sobrepeso constatado por la Mutua un año antes. Sentencia que aplica la doctrina reiterada del Tribunal Supremo en unificación, que interpreta que “en el lugar y tiempo de trabajo, se refiere no sólo a las lesiones propiamente dichas, accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que puedan surgir en el trabajo, sobre todo siendo de súbita aparición o desenlace. Salvo prueba que rompa la presunción de manera evidente” (SSTS de 12 de julio y 15 de noviembre de 1999).

Efectivamente, es reiterada la doctrina del Tribunal supremo en el sentido de que cuando se produce la aparición de la enfermedad en tiempo y lugar de trabajo, ha de presumirse accidente, y sólo cuando se demuestre que se ha roto el nexo causal, podrá romperse esa presunción (por todas, STS de 23 de noviembre de 1999). Presunción que se aplica no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades que se manifiestan durante el trabajo. Para excluir esa presunción se requiere prueba en contrario que evidencie de forma inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la enfermedad. Para ello es preciso que se trate de enfermedades que no sean susceptibles de una relación causal con el trabajo o que esa relación quede excluida mediante prueba en contrario; con referencia expresa a la hemorragia cerebral se manifiesta la STS de 18 de diciembre de 1996, y en esta línea la **STSJ de Cataluña de 23 de julio de 2002**, I.L. J 1782, que asimila el caso de hemorragia cerebral al de aneurisma.

Relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, que basta que concurra, sin precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiéndose otorgar dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando resalten hechos que rompan con total evidencia aquella relación (SSTS de 29 de septiembre de 1986, 28 de diciembre de 1987, y de 4 de julio de 1988). Situación que se aprecia en un supuesto en el que el fallecimiento del causante —capataz de brigada—, es debido a un síndrome coronario agudo, sufrido cuando se disponía a almorzar para continuar sus servicios por la tarde, encontrándose, como queda probado, que en esas fechas estaba sometido a un stress intenso, por un período de gran acumulación de trabajo (debiendo prolongar su jornada todas las tardes), y con responsabilidad respecto a 6 u 8 personas; sin que la enfermedad crónica de tipo coronario que padecía con anterioridad, tuviera la suficiente entidad como “para desvirtuar la calificación laboral del evento y que no puede desvincularse de la situación de tensión en que se encontraba inmerso”, tal y como confirma en sus Fundamentos de Derecho la **STSJ de Madrid de 19 de junio de 2002**, I.L. J 2070.

El art. 172.2 de la LGSS establece otra norma específica para los casos en los que la muerte derive de accidente de trabajo o enfermedad profesional: la presunción *iuris et de iure* de que el fallecimiento se produjo como consecuencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional a favor de quienes tuvieran reconocida por tales contingencias una invalidez permanente absoluta para todo trabajo o la condición de gran inválido. En el resto de los supuestos (el legislador no establece ninguna precisión, por lo que hay que entender de aplicación tanto a los supuestos en los que el causante se encontraba en activo en el momento del fallecimiento, o era pensionista de jubilación o incapacidad por contingencias comunes), deberá probarse el nexo causal entre el fallecimiento y el accidente de trabajo —siempre que el plazo entre el accidente y el fallecimiento no supere los cinco años—, o la enfermedad profesional —en este supuesto la prueba se admite cualquiera que sea el tiempo transcurrido—. En aplicación de este precepto —y en concreto su segundo párrafo—, la **STSJ del País Vasco de 4 de junio de 2002**, I.L. J 1678, considera fallecido como consecuencia de enfermedad profesional a un sujeto que en el momento del falle-

cimiento tenía reconocida una pensión de jubilación, pero se acredita la relación entre el fallecimiento (ocurrido en octubre de 1998, como consecuencia de mesotelioma —cáncer de pleura como consecuencia del contacto con el amianto—) y una enfermedad contraída en el medio laboral (desde 1965 hasta 1983 prestó servicios en un puesto de trabajo —sección de pintura—, expuesto al polvo de amianto), y que se encuentra descrita como enfermedad profesional en el cuadro establecido al efecto por el RD 1995/1978, de 12 de mayo (dictado en desarrollo de lo previsto en el art. 116 de la LGSS —conocido como sistema de lista de enfermedades profesionales—), sin que para ello exista limitación en el tiempo transcurrido entre la enfermedad y el fallecimiento.

B) Requisitos de los beneficiarios en los supuestos de hecho protegidos

a) Viudedad

El Tribunal Constitucional ha reiterado (Sentencias 184/1990, 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991, 66/1994, entre otras), la constitucionalidad del art. 174 de la LGSS, y en concreto del requisito del vínculo matrimonial para poder lucrar la pensión de viudedad (ni es arbitrario, ni discriminatorio), declarando que el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes, por lo que el legislador, dentro de su amplia libertad de actuación, puede extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones de partida objetivamente diferentes (sin perjuicio de reconocer la doctrina y la jurisprudencia la recomendación de que tal requisito se suprima, aunque la debatida cuestión aún no conforma la normativa aplicable por falta de voluntad del legislador —y política—); en esta línea la **STSJ de Madrid de 11 de julio de 2002**, I.L. J 2099, y la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2002**, I.L. J 1737, deniegan la pensión de viudedad al no acreditarse impedimento con entidad suficiente para la formalización del vínculo matrimonial entre el actor y el pretendido causante, habida cuenta de que las alegaciones efectuadas al respecto carecen del valor.

b) Orfandad

El requisito de incapacidad para el trabajo exigido en el art. 175.1 de la LGSS para el reconocimiento del derecho a la pensión de los huérfanos mayores (la edad varía según los casos), está referido al concepto legal de incapacidad de carácter permanente y absoluto que inhabilite por completo para toda profesión u oficio, tal y como interpreta el TS el art. 16.1 de la OM de 13 de febrero de 1967, y que según el RD 1647/1997, de 31 de octubre, se refiere a los grados de invalidez de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. La finalidad de tal exigencia es la de proteger como pensionistas a aquellos huérfanos mayores de edad que carezcan por completo de capacidad para el trabajo, lo que según la **STSJ de Valencia de 23 de enero de 2002**, I.L. J 2042, supone que más que valorar la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, éstos hay que valorarlos en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar sin posibilidades de consumir a quien los sufre, las faenas que corresponden a un oficio siquiera el más simple. En el caso juzgado, se le reconoce el derecho a un huérfano al que se le diagnosticó un retraso mental ligero con dificultades en el habla y se le

reconoció un grado de minusvalía del 67 por ciento (57 por ciento más 10 puntos de factores sociales); por lo que por su estado se encontraba al amparo de su padre, de quien dependía (no habiendo prestado nunca servicios laborales por cuenta ajena). Tales circunstancias, concluye la sentencia, autorizan a otorgar a la expresión “incapacidad para el trabajo”, “un nivel de exigencia menor al que corresponde en idéntico término el art. 137 de la Ley General de Seguridad Social”.

La STSJ de Cantabria de 27 de septiembre de 2002, I.L. J 2325, aunque resuelve en el mismo sentido y reconoce el derecho a la pensión de orfandad en un supuesto en el que el huérfano, con el mismo grado de minusvalía (el 67 por ciento por “paraparesia”), por el contrario la situación de invalidez del huérfano no le impide el ejercicio de actividades laborales compatibles con su estado (contrato temporal como auxiliar administrativo); situación –trabajo e invalidez–, que por otro lado se encuentra recogida en el art. 141.2 de la LGSS, que prevé la simultaneidad del percibo de las pensiones de invalidez absoluta o de gran invalidez con aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Posibilidad que hay que enmarcarla en la línea indicada por el art. 179.2 de la LGSS y el art. 101 del Real Decreto 1647/1997, que declara la compatibilidad entre la prestación de orfandad y el percibo de salario por actividad laboral (excepto que se trate del desempeño de un puesto de trabajo en el sector público). En la misma línea la STSJ de Cantabria de 18 de septiembre de 2002, I.L. J 2320.

c) Prestaciones a favor de familiares

C) Cuantía de las pensiones

La STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2002, I.L. J 2117, desestima la pretensión de la actora, a la que se reconoció una pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia con el causante, a percibir la cuantía mínima establecida para los mayores de 65 años, pues conforme a reiterado del Tribunal Supremo (y se ha comentado en estas páginas), la pensión de viudedad es única y se distribuye entre los varios beneficiarios, por lo que los mínimos garantizados en los Decretos de revalorización, mientras no se disponga en ellos otra cosa, afectan a la prestación y no a cada uno de los beneficiarios. Esto supone que el importe del complemento por mínimos deberá prorratearse asimismo entre los cónyuges en proporción similar al aplicado a la de la base reguladora de la pensión (recordando además, que la prestación tiene carácter contributivo y no asistencial, aunque por el contrario, los complementos por mínimos tienen la consideración de asistenciales y se vinculen a la falta de otros ingresos y no se consoliden).

Cuestión distinta –y polémica como inmediatamente se verá–, es cuando hay un único beneficiario con derecho a pensión de viudedad, supuesto en el que no hay duplicidad en el abono del complemento, respetándose el carácter unitario del mismo y sin que los Decretos de revalorizaciones limiten la cuantía del complemento a la única pensión en

porcentaje proporcional al tiempo de convivencia —no hacen referencia a ello—, por lo que basándose en estas consideraciones la **STSJ de Andalucía, Granada, de 9 de julio de 2002**, I.L. J 1794, considera el derecho al complemento por mínimos en su totalidad; en contraste, ésta es una cuestión resuelta recientemente y en sentido contrario por la **STS de 22 de octubre de 2002**, I.L. J 2454 —y por la **STS de 20 de mayo de 2002**, I.L. J 1126 (comentada en el número anterior de esta publicación), que establece como doctrina que cuando hay sólo una beneficiaria “también la cuantía del complemento de mínimos de la pensión de viudedad, igualmente debe abonarse en igual porcentaje que el fijado para la pensión”, es decir, el complemento de mínimos no se reconoce en su totalidad, sino que por el contrario sigue la misma suerte que la pensión y debe otorgarse en proporción al tiempo convivido.

D) Dinámica de la protección

E) Régimen de incompatibilidades

El derecho a la pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez (art. 176.2 de la LGSS), está condicionada a, entre otros requisitos, carecer de medios propios de vida; requisito que no se incumple en un supuesto en el que la recurrente tenía reconocida una pensión de jubilación no contributiva (de 41.910 pesetas), por lo que para la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 7 de marzo de 2002**, I.L. J 2216, “resulta claro que la pensión inferior al salario mínimo interprofesional que la interesada viene percibiendo, no obsta al lucro de la prestación a favor de familiares”. Ahora bien, la sentencia concluye que el reconocimiento del derecho a la pensión a favor de familiares no significa que se puedan cobrar ambas, basándose en el art. 122.1 de la LGSS, por lo que concluye que la actora tendrá que optar entre percibir la pensión a favor de familiares o la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva que venía percibiendo; incompatibilidad que entendemos errónea sobre la base de que el art. 122.1 de la LGSS establece que las “pensiones del Régimen General” son incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, no siendo la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva del Régimen General, sino de la “Seguridad Social”, por lo que no están causadas en el mismo régimen.

Regla de la incompatibilidad, que sólo se puede aplicar cuando se trate de pensiones del mismo Régimen y no cuando concurran pensiones de regímenes distintos, salvo que exista una norma que lo prohíba. Regla de incompatibilidad que resulta por ello excepcional en los supuestos de pluriactividad, porque la misma implica la realización de un mayor esfuerzo contributivo que debe merecer también idéntica compensación, sin que sea de justicia ni acorde con el principio de contributividad que rige nuestro sistema de Seguridad Social penalizar la doble cotización a varios regímenes a efectos de causar prestaciones por muerte y supervivencia, tal y como acertadamente argumenta la **STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2002**, I.L. J 1788. Además, para causar las pensiones de viudedad en dos o más regímenes además del requisito de carencia a cada régimen, no existe norma expresa que establezca el “requisito adicional” que consiste en hallarse en alta o en asimilada en ambos regímenes de forma simultánea al tiempo del hecho causante

(la Ley 50/1998 que establece la reforma en el acceso a la pensión, ni modifica el régimen de incompatibilidades ni establece requisitos de simultaneidad en el alta en los supuestos de pluriempleo).

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

M^a. NIEVES MORENO VIDA

ÁNGEL J. GALLEGO MORALES

JOSÉ MARÍA VIÑAS ARMADA

SUSANA DE LA CASA QUESADA

XI. ADMINISTRACIÓN LABORAL**Sumario:**

1. Cuestión preliminar. 2. Jurisprudencia contenciosa en materia de Seguridad Social.

A) Organización. B) Actas de liquidación. 3. Derecho Administrativo Sancionador.

Jurisprudencia sobre infracciones y sanciones por materias: empleo y prestaciones de desempleo.

1. CUESTIÓN PRELIMINAR

El contenido de esta crónica tiene como fin dar a conocer los pronunciamientos judiciales sobre Derecho Administrativo Laboral que aparecen reproducidos en los números 9, 10, 11 y 12 (2002) de la Revista *Información Laboral-Jurisprudencia*, así como también diversas sentencias que sobre la misma materia ha dictado la Sala Tercera del Tribunal Supremo y que, al menos de momento, no han sido objeto de publicación en la citada revista. En este último caso, como de costumbre, los pronunciamientos viene identificados mediante la referencia al número de recurso.

2. JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL**A) Organización**

Siguiendo la costumbre, los pronunciamientos más relevantes dentro de este apartado se centran en el análisis de ciertos aspectos relativos al régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. En este sentido, en primer lugar deben mencionarse las **SSTS de 25 de septiembre de 2002 y de 2 de octubre de 2002**, ambas de la Sala Tercera, I.L. J 1880 y 1967, ya comentadas en la crónica anterior, las cuales, si se recuerda, hacían referencia tanto a aspectos generales de las auditorías practicadas sobre los entes en cuestión, como al tratamiento de determinados ajustes contables. Pues bien, en estas mismas líneas se incardinan otros pronunciamientos que han ido apareciendo en los últimos meses.

Por lo que respecta los aspectos generales, de entrada, nuevamente se reitera la aplicabilidad en este ámbito de las normas sobre auditorías en el sector público, la posibilidad

de prescindir del trámite de audiencia a la Mutua cuando en el procedimiento y resolución únicamente se toman en consideración los hechos y alegaciones aportados por la misma (**STS de 2 de octubre de 2002**, recurso de casación 3075/1998, Sala Tercera) o el carácter no sancionador de las órdenes de rectificación en los asientos practicados (**STS de 29 de enero de 2003**, recurso de casación 6240/1998, Sala Tercera).

Por su parte, la **STS de 28 de enero de 2003**, recurso de casación 5047/1998, Sala Tercera, con carácter general, alude a las atribuciones de la Seguridad Social respecto al patrimonio de las Mutuas y destaca que:

“ni la realización por la Intervención General de la Seguridad Social de una auditoría sobre las cuentas anuales de la Mutua ni tampoco en los concretos términos en que en esta ocasión fue formalizada cuestionan la propiedad o titularidad sobre el patrimonio histórico, sino que se realiza en el ejercicio de la función tutelar atribuida al Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social (artículo 71 LGSS) que la propia recurrente reconoce”.

Sobre esa base, el Tribunal procede a salvar o sortear las dudas que para la recurrente presentaba la intervención pública, pues, como se señala más adelante en la misma sentencia:

“la auditoría y los actos administrativos por los que se ordenan las operaciones contables se inscriben en el ámbito de las competencias de la Administración”.

Ello enlaza con la idea contenida en la **STS de 19 de julio de 2002**, Sala Tercera, I.L. J 1764, en la que se recuerda que el patrimonio histórico de las Mutuas, si bien es de su propiedad, está sujeto a la tutela administrativa, por lo que no constituye una extralimitación el hecho de que la Administración haya procedido a realizar una auditoría sobre el mismo.

La misma sentencia, descendiendo ya a la casuística sobre los ajustes contables practicados, confirma la exclusión del importe de los gastos contabilizados en el ejercicio correspondiente a las cuotas de asociación que no son asumibles por el sistema de seguridad social, la inclusión del patrimonio histórico y la obligación de reflejar en cuentas de orden el importe de la morosidad en la recaudación de cuotas; tampoco son gastos asumibles por el sistema de Seguridad Social los consistentes en importes abonados por la Mutua al Director gerente, según se manifiesta en la **STS de 29 de enero de 2003**, recurso de casación 6240/1998; finalmente, son varias las sentencias que manifiestan la improcedencia de incluir en la reserva para contingencias las prestaciones derivadas de expedientes de invalidez en los que, producido el siniestro, no se haya iniciado todavía el trámite ante las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades. En este sentido, recogiendo doctrina anterior, se pronuncian las **SSTS de 2 de octubre de 2002**, recurso de casación 3075/1998, **de 28 de enero de 2003**, recurso de casación 6661/1998 y **de 29 de enero de 2003**, recurso de casación 6240/1998, todas ellas de la Sala Tercera.

B) Actas de liquidación

Por lo que respecta a las actas de liquidación, una vez más resultan abundantes los pronunciamientos del Tribunal Supremo que se encargan de reiterar las reglas a seguir en la cuantificación económica de las pretensiones impugnatorias de tales actas a los efectos de acceso a los recursos de casación y casación para la unificación de la doctrina.

En este sentido, de un lado se encuentra la relativa a que, tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tenerse en cuenta son las mensuales, en atención a que tales cuotas se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes a mes, y no por períodos de tiempo diferentes. Así lo recuerdan las **SSTS de 23 de septiembre de 2002**, recurso de casación para la u.d. 9372/1996; **de 16 de octubre de 2002**, recurso de casación para la u.d. 90/2002; **de 23 de octubre de 2002**, recurso de casación para la unificación de doctrina 110/2002, y **de 24 de octubre de 2002**, I.L. J 2154, todas ellas de la Sala Tercera.

De otro, estaría la referencia a que en la cuantificación únicamente se toma en consideración el débito principal (cuota) pero no los recargos, las costas ni cualquier otra clase de responsabilidad. Las sentencias en este sentido son igualmente numerosas: **SSTS de 23 de septiembre de 2002**, recurso de casación para la u.d. 9373/1996; **de 2 de octubre de 2002**, recurso de casación 8422/1996; **de 2 de octubre de 2002**, recurso de casación 991/2002; **de 4 de octubre de 2002**, recurso de casación 8424/1996; **de 9 de octubre de 2002**, recurso de casación para la u.d. 87/2002; **de 18 de octubre de 2002**, recurso de casación 6018/1997; **de 21 de octubre de 2002**, recurso de casación 587/2002 y **de 10 de enero de 2003**, recurso de casación para la u.d. 1530/1997, todas de la Sala Tercera.

Igualmente, gran parte de estas sentencias reiteran algo de sobra conocido: la insuficiencia de la cuantía litigiosa para recurrir que, inicialmente, constituye causa de inadmisión del recurso, se convierte en trámite de sentencia en causa de desestimación.

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, debe destacarse la **STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2002**, I.L. J 1940, en la que se aborda un tema relacionado con la procedencia de la sanción de dejar sin efecto la inscripción del actor como demandante de empleo por razón del momento en que se cometió la infracción.

La actora, según se narra en los hechos declarados probados, venía percibiendo del INEM el subsidio para mayores de 52 años. El 4 de agosto de 2000 se le reconoce una pensión de viudedad con efectos de 1 de agosto que simultanea con la prestación del INEM, hasta que dicho organismo le reclama las prestaciones indebidamente percibidas, y le impone

la sanción de extinción de la prestación, a la que se une la decisión de dejar sin efectos su inscripción como demandante de empleo.

Tras la oportuna reclamación administrativa previa, la afectada planteó demanda con el objeto de anular el último aspecto de la decisión del INEM, algo que se le concedió en la instancia sobre la base de entender el juzgador que la conducta sancionada no se encuentra tipificada ni en el artículo 30.2.2 de la Ley 8/1988 (suprimido por la posterior Ley 50/1998), ni puede estarlo en el 25.3 del RD Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, al haber entrado en vigor la misma el 1 de enero de 2001, esto es, con posterioridad a la comisión de la conducta sancionada. El INEM, disconforme con el fallo del juzgado de lo social, recurre en suplicación y el TSJ atiende su recurso, en aplicación del criterio sostenido por el TS en la sentencias de 29 de noviembre de 2000, de 7 y 31 de marzo y 27 de abril de 2001: en realidad, el precepto en cuestión no había desaparecido en la reforma de 1998, sino que ocupaba otro lugar, probablemente por razones sistemáticas.

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) Fundación laboral. Reclamación de aportaciones. B) Daños y perjuicios. Accidente de trabajo. C) Resolución de contrato. Interno en un centro penitenciario. D) Impugnación de cantidad fijada como capital coste de una prestación. E) Régimen laboral del personal de las Administraciones Públicas. F) Liquidación de una pensión de invalidez. G) Reconocimiento de grado de minusvalía. H) Reembolso de capital aportado por socio trabajador a sociedad cooperativa. **3. Jurisdicción laboral. Incompetencia.** A) Alta en la Seguridad Social. Impugnación del epígrafe asignado por la TGSS. B) Devolución de ingresos indebidos. C) Daños y perjuicios contra la Administración. D) Provisión de plazas en organismos públicos. **4. Conciliación extrajudicial. Presentación de la papeleta de conciliación.** **5. Actos de comunicación procesal. Notificación defectuosa. 6. Demanda.** A) Acciones declarativas. B) Reconvención. **7. Acumulación. Acciones. 8. Excepciones.** A) Falta de legitimación activa. B) Inadecuación de procedimiento. Clasificación profesional. C) Litisconsorcio pasivo necesario. D) Caducidad. E) Prescripción. F) Litispendencia. **9. Práctica de la prueba.** A) Prueba de confesión. B) Diligencias para mejor proveer. Prueba pericial. C) Valoración de la prueba. Incapacidad Permanente Total. Prueba Pericial. D) Carga de la prueba: los hechos no contestados no implican que se hayan acreditado. E) Denegación. **10. Sentencia.** A) Incongruencia. B) Hechos probados. Insuficiencia. **11. Incidente de nulidad de actuaciones. Presentación extemporánea de escrito al amparo del artículo 45.1 LPL. 12. Despido. Salarios de tramitación.** A) Descuentos por otro empleo. B) Contratas y subcontratas. C) Incapacidad Temporal. D) Reclamación al Estado. a) Cuota patronal de la Seguridad Social. b) Prescripción. E) Ofrecimiento y depósito. **13. Recurso de suplicación.** A) Naturaleza y objeto. B) Consignación. Subsidio IT. C) Afectación general y cuantía litigiosa. **14. Recurso de queja. Lugar de presentación. 15. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Contradicción: requisitos materiales y procesales. B) Interés legítimo. **16. Recurso de revisión.** A) Plazo. B) Competencia. C) Maquinación fraudulenta. **17. Recurso de**

amparo. Agotamiento de la vía judicial ordinaria. 18. Ejecución de sentencia.

A) Ejecución en sus propios términos B) Sentencias no ejecutables. 19. 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 9 a 12 (ambos inclusive) del año 2002 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia*.

2. JURISDICCIÓN LABORAL. COMPETENCIA

A) Fundación laboral. Reclamación de aportaciones

Las SSTSJ de Cataluña de 27 de junio y de 23 de julio de 2002, I.L. J 1654 y J 1780, declaran la competencia del orden social para conocer de una demanda interpuesta por una fundación laboral en reclamación de las aportaciones obligatorias que determinadas empresas deben hacer a la citada fundación. De conformidad con el acuerdo suscrito entre la fundación demandante y la TGSS, las empresas debían ingresar las aportaciones junto con las cuotas de Seguridad Social, mediante los correspondientes boletines de cotización. En este sentido, el TSJ entiende que la función desempeñada por la TGSS en virtud de este acuerdo no es de carácter recaudatorio sino que únicamente tiene como objetivo dar cumplimiento a los fines y obligaciones de la fundación, por lo que resulta clara la atribución al orden social de la cuestión objeto del debate.

B) Daños y perjuicios. Accidente de trabajo

La STSJ de Madrid de 6 de junio de 2002, I.L. J 1637, analiza la naturaleza de la responsabilidad del empresario por el incumplimiento de normas en materia de prevención de riesgos laborales. Concluye que el orden social es competente para conocer de los daños causados a trabajadores como consecuencia de las conductas del empresario en que éste actúe como tal con imputación de culpa, ya sea ésta contractual o extracontractual, siendo lo verdaderamente importante que el daño se haya producido como consecuencia del incumplimiento de una normativa laboral y no civil.

C) Resolución de contrato. Interno en un centro penitenciario

La STSJ de Aragón de 11 de julio de 2002, I.L. J 1699, declara la competencia del orden social para conocer de una demanda por la que un interno en un centro penitenciario impugna la resolución de su relación laboral especial: el hecho de que el empleador sea una Administración Pública no implica que nos encontremos ante la impugnación de un acto administrativo sujeto a Derecho administrativo.

XII. El Proceso Laboral

D) Impugnación de cantidad fijada como capital coste de una prestación

Las SSTS de 23 de septiembre y de 6 de noviembre de 2002, ambas de la Sala Cuarta, I.L. J 1982 y 2024, afirman la competencia de la jurisdicción social para conocer de las cuestiones planteadas en relación con la impugnación de la cantidad fijada como capital coste de una pensión, por venir reconocida la prestación en una sentencia anterior dictada en el orden social.

E) Régimen laboral del personal de las Administraciones Públicas

De acuerdo con la STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 2002, I.L. J 1955, la presunción de exclusión de la competencia del orden social para conocer del régimen laboral del personal de las Administraciones Públicas que se rija por normas de Derecho administrativo al amparo de una Ley, queda desvirtuada en aquellos casos en que la contratación administrativa se haya realizado con desviación del cauce previsto, ya que, en tales casos, existe un desajuste entre la realidad de los hechos y la norma legal que implica la atribución de la competencia al orden social.

F) Liquidación de una pensión de invalidez

La STS de 25 de septiembre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1879, declara la competencia de la jurisdicción social para conocer de la liquidación de una pensión de invalidez al haber sido impugnada la procedencia de la misma previamente ante el orden social.

G) Reconocimiento de grado de minusvalía

De acuerdo con la STSJ de Asturias de 11 de octubre de 2002, I.L. J 2377, las demandas que tienen por objeto la declaración de un grado de minusvalía suficiente para fundar el derecho a una pensión no contributiva, sin instar explícitamente prestación alguna, deben ser conocidas por la jurisdicción social.

H) Reembolso de capital aportado por socio trabajador a sociedad cooperativa

El art. 87 de la Ley de Cooperativas 27/1999, de 16 de julio, no ha modificado la distribución de competencias entre el orden social y el civil, manteniendo la formulación anterior, de acuerdo con la cual, los juzgados y tribunales de lo social son competentes para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre la cooperativa y sus socios trabajadores en su condición de tales. Por lo tanto, el orden social es competente para conocer de las cuestiones relacionadas con el reembolso de las aportaciones realizadas por un socio trabajador como requisito para su admisión como tal en la cooperativa. Éste es el criterio mantenido en la STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2002, I.L. J 2414.

3. JURISDICCIÓN LABORAL. INCOMPETENCIA

A) Alta en la Seguridad Social. Impugnación del epígrafe asignado por la TGSS

La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 16 de julio de 2002, I.L. J 1814, declara la competencia del orden contencioso-administrativo para conocer de una demanda interpuesta por una empresa frente a la TGSS, en virtud de la cual se solicita la modificación del epígrafe asignado por la TGSS a determinados contratos de trabajo. Se concluye que ello afecta a la obligación contributiva de la empresa, y que, por tanto, su determinación forma parte de la gestión recaudatoria de los recursos del sistema público.

B) Devolución de ingresos indebidos

La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 1 de julio de 2002, I.L. J 1810, estima la incompetencia del orden social ante una demanda interpuesta en reclamación de cantidades indebidamente percibidas por la TGSS. En este supuesto se analiza si la TGSS está obligada o no a devolver determinados ingresos indebidos así como los intereses generados sobre los mismos. El TSJ entiende que, bien se trate de una indemnización por el anormal funcionamiento de la administración o bien de una devolución de ingresos indebidos *stricto sensu*, el orden competente es el contencioso-administrativo.

C) Daños y perjuicios contra la Administración

La STSJ de Cataluña de 24 de julio de 2002, I.L. J 1783, estima que la jurisdicción laboral es incompetente para conocer de una demanda en virtud de la cual se pretendía la condena del INSS a indemnizar a un trabajador por los perjuicios causados como consecuencia de haber realizado una retención indebida sobre una prestación de orfandad. Según la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 30 de abril de 2002, I.L. J 2242, la jurisdicción laboral no es competente para conocer de la reclamación por daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria defectuosa, y ello por haberse producido los hechos desencadenantes con posterioridad a la reforma de la Ley 30/1992 a través de la Ley 4/1999, que atribuye la competencia al orden contencioso-administrativo para resolver temas de responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

D) Provisión de plazas en organismos públicos

La competencia para conocer de los conflictos suscitados en relación con la provisión de puestos de trabajo por los organismos públicos corresponde al orden contencioso-administrativo. Y ello por cuanto, en esos casos, el órgano público pone en juego una potestad administrativa que se rige por parámetros de normas administrativas en los que predomina el poder público, siendo aplicables los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Todo ello conforme a la STSJ de Andalucía, Málaga, de 27 de septiembre de 2002, I.L. J 2295. El mismo criterio se sigue en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de

XII. El Proceso Laboral

julio de 2002, I.L. J 2277, en la que, al amparo de lo establecido en la Disposición Adicional Séptima de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud, se establece que el orden contencioso-administrativo es competente para conocer de los conflictos surgidos con ocasión de la cobertura de puestos por personal estatutario por procedimientos de promoción interna.

4. CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL. PRESENTACIÓN DE LA PAPELETA DE CONCILIACIÓN

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de julio de 2002, I.L. J 2281, considera válida la presentación de una papeleta de conciliación por despido en un órgano administrativo distinto del propio órgano conciliador, recordando que la Ley 30/1992 permite “(...) que las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de la Administración Pública puedan presentarse en los registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local (...)”. No obstante, el límite quince días hábiles de suspensión del plazo de caducidad desde la presentación de la papeleta que establece el art. 65.1 LPL no se amplía por el hecho de que la papeleta no se presente en el centro conciliador.

5. ACTOS DE COMUNICACIÓN PROCESAL. NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA

La STSJ de Galicia de 16 de julio de 2002, I.L. J 1833, decreta la nulidad de actuaciones en un proceso en el que se produjo un error en la comunicación de la demanda. Un comité de empresa planteó, simultáneamente, dos demandas de conflicto colectivo: una referente al personal estatutario y otra al personal laboral. En el conflicto planteado en representación del personal laboral, el Juzgado de lo Social, por error, dio traslado a la empresa del escrito de la otra demanda. Por ello, en el proceso referido al personal laboral, la empresa formuló alegaciones y practicó prueba en relación al personal estatutario, lo que, en palabras del TSJ, significó “(...) una situación de efectiva indefensión (...)”, ya que ni la audiencia ni la prueba se desarrollaron en torno a la pretensión solicitada.

6. DEMANDA

A) Acciones declarativas

Para la STSJ de Murcia de 11 de junio de 2002, I.L. J 1641, no es ejercitable una acción declarativa a fin de que se compute como cotizado para la jubilación un concreto período, sin que haya existido una resolución administrativa excluyendo dicho período: “(...) el interés que se ejercita por el actor no es directo y actual, sino que viene referido a una situación de proyección futura, que precisará de una nueva actividad procesal, una vez

que, decretada la jubilación, no se hubiese tenido en cuenta dicho período (...)”. Igualmente, la STSJ de Murcia de 14 de octubre de 2002, I.L. J 2186, afirma (con cita de la STS de 3 de marzo de 2000) que “(...) los órganos de la jurisdicción social no pueden pronunciarse sobre una cuestión de derecho, como la de los efectos del alta tardía con cotizaciones abonadas, que no tiene efectos prácticos inmediatos en la esfera jurídica del asegurado, y cuya solución puede además verse afectada por cambios normativos en el futuro (...)”.

B) Reconvención

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 12 de julio de 2002, I.L. J 2283, analiza una demanda reconvencional de cantidad, formulada por una empresa en un proceso por despido instado por un trabajador. El TSJ recuerda que el art. 27.2 LPL “(...) impide que la acción por despido se ejercite acumuladamente con otra distinta, por iniciativa del accionante o por reconvención de la parte demandada, infracción procesal que determina la imposibilidad de conocer la acción indebidamente ejercitada, en este caso, la de cantidad que por vía de reconvención ejercitó la parte recurrente (...)”.

7. ACUMULACIÓN. ACCIONES

La STSJ de Murcia de 9 de julio de 2002, I.L. J 1848, declara que una demanda en la que se reclaman cantidades salariales y prestaciones de IT, constituye una acumulación indebida de acciones, ya que la reclamación de salarios debió tramitarse mediante un procedimiento ordinario y la reclamación de las cantidades derivadas de la IT mediante un proceso de seguridad social.

8. EXCEPCIONES

A) Falta de legitimación activa

La STSJ de Murcia de 26 de junio de 2002, I.L. J 1643, dispone que en un proceso de incapacidad permanente absoluta, si el afectado fallece, sus herederos legales únicamente tienen legitimación activa para continuar el litigio inicial, nunca para iniciar un nuevo litigio, ya que el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, confía el inicio de este tipo de procedimientos al trabajador o a su representante legal, nunca a sus herederos. Por su parte, la STS de 21 de octubre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1997, dictada en unificación de doctrina, establece que el padre de un fallecido sin hijos tiene legitimación activa para actuar en beneficio de la comunidad hereditaria, sin necesidad de que actúe también la madre del fallecido. Por otro lado, la STS de 1 de octubre de 2002, Sala Cuarta, I.L. J 1965, establece que un miembro de la Comisión Paritaria no ostenta su representación y, por tanto, carece de legitimación activa, aun cuando actúe en defensa de un interés determinado. La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de julio de 2002, I.L. J 2282, consi-

XII. El Proceso Laboral

dera que los miembros individuales de un Comité de Empresa no están legitimados para iniciar un conflicto colectivo. La **STC 203/2002, de 28 de octubre**, recurso de amparo 5920/2000, I.L. J 1972, citando numerosas sentencias del propio TC, reitera la doctrina de que los Sindicatos tienen legitimación activa para actuar en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando defiendan un interés colectivo y tengan un vínculo especial y concreto con el objeto del pleito, es decir, que tengan interés profesional o económico en el resultado del litigio. Esta legitimación activa de los Sindicatos es independiente de la afiliación a dicho Sindicato. En relación también con la legitimidad activa de los Sindicatos, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 2002**, I.L. J 2253, establece que los Sindicatos tienen legitimación para actuar en representación de trabajadores que ya hubiesen cesado por jubilación en su relación laboral con la empresa demandada, sin necesidad de apoderamientos individualizados de dichos trabajadores jubilados. Esta sentencia cita como fundamento de su criterio la doctrina emanada del TS en sus Sentencias de 20 de diciembre de 1996 y 19 de junio de 2000.

B) Inadecuación de procedimiento. Clasificación profesional

La **STSJ de La Rioja de 9 de julio de 2002**, I.L. J 1866, declara que “(...) la modalidad procesal de clasificación profesional prevista en el art. 137 de la LPL debe utilizarse exclusivamente cuando la reclamación de categoría profesional esté fundada en el desempeño de actividades de categoría profesional superior –vaya o no acompañada de una reclamación de cantidad por diferencias– pero no cuando la clave de la decisión judicial se encuentre en la interpretación de preceptos legales o convencionales (...)”.

C) Litisconsorcio pasivo necesario

La **STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2002**, I.L. J 1666, analiza el caso de un trabajador pluriempleado que pretende que se declare su derecho a continuar en situación de baja por accidente de trabajo. Dado que el fallo del litigio afectará a las dos empresas en las que presta servicios el actor, se declara la existencia de litisconsorcio pasivo necesario de ambas empresas, así como de las entidades gestoras y de la Mutua.

D) Caducidad

La **STSJ de Valencia de 24 de enero de 2002**, I.L. J 2045, afirma que “(...) no puede desconocerse que conforme dispone el art. 135 LEC, aplicable al proceso laboral, la presentación de escritos sujetos a plazos puede efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo (...)”. Por ello, el TSJ considera no caducada una demanda por despido que se presentó el día siguiente al del transcurso del plazo de veinte días hábiles establecido en el art. 59.3 ET.

E) Prescripción

La **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de junio de 2002**, I.L. J 2259, establece que la iniciación de la acción de despido (u otra que no sea de conflicto colectivo) no interrumpe el plazo prescriptivo de un año de la acción de reclamación de cantidad.

F) Litispendencia

La SAN de 9 de julio de 2002, Sala de lo Social, I.L. J 2075, estima la excepción de litispendencia en un supuesto en el que, aunque las peticiones de ambas demandas no coincidían en su plenitud, lo decidido en el primer procedimiento era elemento constitutivo del enjuiciamiento de todas las peticiones incluidas en el segundo, puesto que la función de la litispendencia es evitar una contradicción estricta y concreta entre sentencias.

9. PRÁCTICA DE LA PRUEBA**A) Prueba de confesión**

La STSJ de Navarra de 28 de junio de 2002, I.L. J 1647, se pronuncia sobre la *factia confessio*, esto es, la facultad del juzgador a quo de tener por confesa a la parte cuando, citada al efecto de ser interrogada, no compareciera, se negara a declarar o respondiera con evasivas: tener a la parte por confesa no es una obligación del juzgador, sino una mera facultad; por ello, no cabe su aplicación automática, sino que podrá ser utilizada en función de las circunstancias concurrentes. En el supuesto analizado, la parte actora no compareció al acto de juicio, aun a pesar de ser citada para la práctica del interrogatorio, por estar hospitalizada, lo que se acreditó. Por ello, carecía de sentido tener a dicha parte por confesa. Por su parte, la STSJ del País Vasco de 9 de julio de 2002, I.L. J 1855, razona sobre la práctica irregular de la prueba de confesión en un caso en el que se solicitaba en demanda expresamente la confesión del administrador único de la demandada. Aun a pesar de que esta prueba fue admitida por el juzgador a quo, en el acto de la vista la prueba se practicó con persona distinta –sin justificarse las causas de incomparecencia del administrador único de la demandada–, provocando con ello clara indefensión a la parte proponente por cuanto el confesante desconocía las respuestas a preguntas trascendentales para la defensa de aquélla. Por ello, la STSJ declara la nulidad del acto de juicio.

B) Diligencias para mejor proveer. Prueba pericial

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de marzo de 2002, I.L. J 2215, desestima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia. El recurrente solicitaba en suplicación la nulidad de actuaciones al amparo del art. 191.a) LPL, ya que habiendo solicitado la prueba pericial de dos peritos y habiendo sido admitida, el día de la vista oral uno de dichos peritos no compareció; el recurrente solicitó en el acto de la vista que se acordara la práctica de dicha prueba como diligencia para mejor proveer, lo que el juez a quo finalmente no acogió. El TSJ desestima el recurso porque entiende que (i) las diligencias para mejor proveer constituyen una facultad del órgano judicial; (ii) no existe indefensión porque en el acto de juicio se practicó la otra prueba pericial propuesta, y (iii) el recurrente pudo solicitar la suspensión del acto de la vista o alegar en el acto de juicio las razones que esgrime en el recurso de suplicación, y no lo hizo.

XII. El Proceso Laboral

C) Valoración de la prueba. Incapacidad Permanente Total. Prueba pericial

En una reclamación de Incapacidad Permanente Total, la **STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2002**, I.L. J 2149, declara que prevalece el dictamen oficial emitido por el EVI (Equipo de Valoración de Incapacidades) sobre el informe particular de un especialista, siendo aquél preponderante y constituyendo prueba hábil para revisar los hechos declarados probados en la instancia.

D) Carga de la prueba: los hechos no contestados no implican que se hayan acreditado

La parte actora recurre en suplicación la sentencia de instancia, bajo la premisa de que la incomparecencia de la demandada al acto de la vista tiene que comportar necesariamente la estimación de la demanda. La **STSJ de Asturias de 5 de julio de 2002**, I.L. J 1703, declara que el éxito de la acción del demandante requiere probar los hechos constitutivos de su pretensión con avals de convicción eficaces, no eximiéndole de ello la pasividad de la parte demandada. Por ello, no cabe extraer la conclusión de que se tengan que acoger sin más los hechos de la demanda con fundamento en la ausencia de contestación. En consecuencia, se niega la tesis del éxito inevitable de una demanda no contestada.

E) Denegación

La **STSJ de La Rioja de 9 de julio de 2002**, I.L. J 1867, interpreta el contenido del art. 24 CE, a la luz de la doctrina del TC sobre la institución de la indefensión: no sólo tiene que concurrir una infracción de las reglas procesales —como puede ser la inadmisión de prueba—, sino que es preciso un perjuicio efectivo y menoscabo real en el derecho de defensa de la parte que no sea debido a su pasividad o falta de diligencia. En el caso enjuiciado no existe tal indefensión, porque la prueba documental denegada pudo ser aportada por la parte solicitante —sin que quedara acreditada su imposibilidad de hacerlo—; fue suplida por prueba testifical; y no guardaba relación con el objeto del proceso ni con el sentido del fallo. La **STC 168/2002, de 30 de septiembre**, recurso de amparo 632/1998, I.L. J 1873, analiza igualmente la denegación inmotivada de la práctica de las pruebas propuestas. En este caso, se otorga el amparo solicitado con fundamento y cita de la consolidada doctrina constitucional por cuanto (i) los medios de prueba solicitados eran pertinentes, al tener relación con los hechos y la cuestión a decidir; (ii) la práctica de la prueba se había solicitado en tiempo y forma; (iii) la falta de actividad probatoria sólo fue imputable al órgano judicial; (iv) la decisión denegatoria se hizo de forma inmotivada, y (v) la prueba denegada era potencialmente decisiva para la defensa de la parte proponente: en el caso analizado precisamente se desestima la demanda por no haberse probado el extremo que se pretendía con la prueba propuesta.

10. SENTENCIA

A) Incongruencia

La **STSJ de Murcia de 21 de octubre de 2002**, I.L. J 2188, declara la inexistencia de incongruencia de la sentencia de instancia en el siguiente supuesto: en el suplico de una

demanda por despido la parte actora solicita que, siendo imposible o insostenible su readmisión, se condene a la demandada a abonarle la indemnización por despido. El fallo en la instancia estima la demanda y condena a la empresa a que, a su opción, readmita a la actora o le abone la correspondiente indemnización. La empresa recurre en suplicación alegando, entre otros motivos, incongruencia de la sentencia por no ajustarse al suplico de la demanda. El TSJ desestima el recurso y en relación con la alegada incongruencia razona que “(...) es evidente que lo que pretendía la actora (...) es que se le concediera el efecto del despido que entendía más conveniente a su situación, pero que, en realidad, no excluía implícitamente, para el caso de que no prosperase esta pretensión, el que se le reconocieran los efectos ordinarios (...)”. Además, el TSJ declara que no concurre incongruencia que cause indefensión a la empresa porque el fallo le concede la opción a ella y, en su caso, la única perjudicada sería la actora, según el *petitum* literal de la demanda. Por su parte, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2002**, I.L. J 2191, declara a su vez la inexistencia de incongruencia de la sentencia de instancia y con cita de varias sentencias del TC razona que la incongruencia sólo vulnera el art. 24 CE si provoca indefensión o deja de resolver el fondo del litigio, y que dicho vicio se produce cuando la desviación en la sentencia es de tal índole que modifica totalmente los términos del debate procesal. De otro lado, la **STSJ del País Vasco de 24 de septiembre de 2002**, I.L. J 2358, declara incongruente la sentencia de instancia por otorgar cosa diferente de la pedida por el demandante, causando además clara indefensión al demandado. En la instancia se analizó una demanda por despido y la sentencia declara que la fecha de despido se produjo en momento anterior a la fecha que el actor manifiesta en su escrito de demanda. Toda la defensa de la empresa se articuló en base al momento del cese al que aludía el actor, por lo que de haberse considerado esa otra fecha hubiera podido oponer la excepción de caducidad. Por lo que el TSJ determina la nulidad de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

B) Hechos probados. Insuficiencia

La **STSJ de Andalucía, Granada, de 16 de julio de 2002**, I.L. J 1796, declara la nulidad de la sentencia de instancia por insuficiencia de los hechos probados. Entiende el TSJ que el juez de instancia está obligado a referirse en la sentencia a todos los hechos que puedan tener interés para resolver el litigio, y no sólo a aquellos que sirvan para fundamentar su decisión, sino a todos los que puedan apoyar distintas soluciones a establecer, en su caso, por la Sala de Suplicación. En consecuencia, el relato fáctico debe ser exhaustivo a fin de permitir a la parte recurrente discrepar del mismo y a la Sala cumplir con su función de resolver el recurso.

11. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES. PRESENTACIÓN EXTEMPORÁNEA DE ESCRITO AL AMPARO DEL ARTÍCULO 45.1 LPL

De conformidad con el art. 240.2 LOPJ, la **STSJ de La Rioja de 30 de julio de 2002**, I.L. J 1869, declara la nulidad de todo lo actuado desde la admisión a trámite de un recurso

XII. El Proceso Laboral

de suplicación. El recurrente presentó el escrito de formalización de dicho recurso de forma extemporánea, esto es, el duodécimo día desde que se le notificara la propuesta de providencia teniendo por anunciado el recurso. El recurrente se basó en lo dispuesto en el art. 135.1 LEC, cuando a juicio del TSJ hay que estar al contenido de lo dispuesto en el art. 45.1 LPL cuando se presentan escritos el último día de un plazo, por ser ésta la norma procesal principal. Razona el TSJ que “(...) sólo es dable la aplicación de la norma supletoria cuando no existe norma aplicable al caso concreto en la norma principal (...)”. En consecuencia, el TSJ declara la firmeza de la sentencia de instancia.

12. DESPIDO. SALARIOS DE TRAMITACIÓN

A) Descuentos por otro empleo

La STSJ de Andalucía, Málaga, de 4 de junio de 2002, I.L. J 1757, con cita expresa de la STS de 2 de junio de 1992, declara que incumbe al empresario la carga de probar la cantidad percibida por el demandante de otro empleador durante el proceso de despido, para que proceda el descuento de la misma de los salarios de tramitación. No obstante, la STSJ entiende que si tan sólo se ha acreditado la efectiva prestación de servicios del empleado despedido en favor de otro empleador, de los salarios de tramitación habrá que descontar la cuantía correspondiente al SMI más el prorrateo de pagas extraordinarias.

B) Contratas y subcontratas

Con fundamento en doctrina unificada del TS (SSTS de 14 de julio de 1998, 9 de diciembre de 1999, 10 de julio y 26 de diciembre de 2000), la STSJ de Andalucía, Málaga, de 24 de mayo de 2002, I.L. J 1742, declara que los salarios de tramitación tienen naturaleza indemnizatoria, no siendo por tanto contraprestaciones del trabajo realizado. En consecuencia, la responsabilidad solidaria de la empresa principal que establece el art. 42.2 ET no puede alcanzar a los salarios de tramitación adeudados a un empleado por la empresa contratista.

C) Incapacidad Temporal

La STSJ de Navarra de 28 de junio de 2002, I.L. J 1647, analiza un supuesto en que la demandante inicia un proceso de IT al día siguiente de ser despedida. La demandante no llega a percibir la prestación de IT durante la tramitación del despido, al haberle negado el INSS dicha prestación. No obstante dicha circunstancia, la STSJ revoca parcialmente la sentencia de instancia dejando sin efecto la condena a los salarios de tramitación, por resultar incompatibles con la situación de IT, “(...) sin que enerve esta conclusión la resolución denegatoria referida que deberá ser impugnada en vía administrativa y en vía judicial al objeto de lograr el devengo de las prestaciones, bien por la Entidad Gestora o por la empresa demandada en este procedimiento (...)”.

D) Reclamación al Estado**a) Cuota patronal de la Seguridad Social**

La STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2002, I.L. J 2055, declara, al amparo del criterio de las SSTs de 30 de septiembre de 1998 y 27 de octubre de 1999, que en la reclamación de los salarios de tramitación al Estado de conformidad con lo dispuesto en el art. 116 LPL, tiene cabida el reintegro de la cuota patronal de la Seguridad Social correspondiente a los propios salarios de tramitación.

b) Prescripción

La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de abril de 2002, I.L. J 2231, declara que el plazo de prescripción de un año para reclamar al Estado los salarios de tramitación, se inicia una vez que se da el imprescindible requisito del pago de los salarios al trabajador, pues sólo tras el pago se puede ejercitar la acción.

E) Ofrecimiento y depósito

La STSJ de Extremadura de 18 de octubre de 2002, I.L. J 2427, estima que los salarios de tramitación deben computarse hasta la fecha del acto de conciliación extrajudicial, aun cuando la cantidad ofrecida y depositada en concepto de indemnización fuera en este caso insuficiente: el cálculo de dicha cantidad derivó de un error excusable de la empresa demandada, al tener en cuenta una fecha de antigüedad que le había facilitado la anterior empleadora de la demandante, a la que sucedió al amparo del art. 44 del ET. Por su parte, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de julio de 2002, I.L. J 2278, declara que el demandante tiene derecho a los salarios de tramitación hasta la fecha de notificación de la sentencia, y ello porque en el acto de conciliación no se reconoció la improcedencia del despido con ofrecimiento y posterior depósito de la indemnización y salarios de tramitación. La empresa demandada alegaba en su recurso que en la fecha del despido se había puesto a disposición del demandante el finiquito y la indemnización legal, lo que no es acogido por el TSJ a los efectos de limitar la cuantía de los salarios de trámite, entendiendo que dicha circunstancia fue una mera decisión resolutoria de la demandada con la que el trabajador no estuvo conforme, sin que se alcanzara acuerdo en la conciliación administrativa previa.

13. RECURSO DE SUPPLICACIÓN**A) Naturaleza y objeto**

La STSJ de Valencia de 6 de febrero de 2002, I.L. J 2051, establece que no cabe suplicación contra el auto que resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la decisión

XII. El Proceso Laboral

del Juzgado de archivar la demanda interpuesta por la recurrente ya que no se trata de uno de los casos en los que el art. 189.2º LPL permite la interposición de recurso de suplicación frente a autos. Por otro lado, el **ATSJ del País Vasco de 4 de junio de 2002**, I.L. J 1689, establece que es admisible el recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA contra un auto del Juzgado de lo Social dictado en ejecución de sentencia. En dicho auto se declaraba la insolvencia del empresario, naciendo, *ex lege*, la responsabilidad del FOGASA. El TSJ considera que dicho auto es recurrible ya que resuelve un punto sustancial no controvertido en el pleito y no decidido en la sentencia debido a que la insolvencia empresarial sobrevino en fase de ejecución. La **STSJ de Andalucía, Granada, de 10 de septiembre de 2002**, I.L. J 2288, establece que el recurso de suplicación, por su carácter extraordinario, tiene que estar fundado en la infracción de normas sustantivas o de doctrina legal del TS, pero no puede basarse en circulares o resoluciones, ya que éstas no tienen el carácter de normas ni tampoco de doctrina.

B) Consignación. Subsidio IT

La **STSJ de Cataluña de 17 de junio de 2002**, I.L. J 1666, establece, en los casos en los que se condene a la empresa a abonar el subsidio de IT derivada de accidente de trabajo, es suficiente la consignación del importe del subsidio correspondiente al período de 18 meses y no hasta la total curación del demandante, pues el derecho a percibir dicho subsidio se extingue, de acuerdo con el art. 113 bis LGSS, además de por la curación del interesado, por el transcurso del plazo máximo establecido para la IT, en este caso, 18 meses.

C) Afectación general y cuantía litigiosa

La **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 30 de julio de 2002**, I.L. J 1809, establece que contra las sentencias que se deriven de reclamaciones de cantidad inferiores a 1.803,04 euros no procede recurso de suplicación, a menos que concurra en el caso “afectación general”, la cual supone la existencia de una situación real de litigio sobre la cuestión y que afecte a gran parte de los trabajadores, lo cual debe ser alegado por las partes y probado en instancia. No concurriendo estas circunstancias en el caso analizado, se concluye que no procede el recurso de suplicación.

14. RECURSO DE QUEJA. LUGAR DE PRESENTACIÓN

El **ATSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de febrero de 2002**, I.L. J 2210, establece que el lugar de presentación del recurso de queja es la Sala de lo Social del TSJ, careciendo de validez la efectuada ante el Juzgado de lo Social, de acuerdo con el art. 495.3 LEC.

15. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Contradicción: requisitos materiales y procesales

La **STS de 18 de septiembre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1885, establece que la sentencia colectiva puede actuar como sentencia idónea para establecer la contradicción incluso

cuando la comparación se establezca con una sentencia dictada en proceso individual, pues esta diferencia no afecta a la identidad del problema objeto de decisión en ambos procesos. Por otro lado, la **STS de 22 de octubre de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 2453, establece que no cabe entender que hay contradicción entre dos sentencias que, pese a analizar supuestos de hecho idénticos, aplicaron normativas distintas debido al momento temporal en que una y otra sentencia se dictaron.

B) Interés legítimo

La **STC 164/2002**, de 17 de septiembre, recurso de amparo 2886/1998, I.L. J 1872, estima el recurso de amparo al considerar irrazonable un auto del TS inadmitiendo la casación para la unificación de doctrina. En dicho auto, el TS consideraba que la actora carecía de interés legítimo en el procedimiento, aun cuando sufrió el embargo de la mitad de un bien del que se consideraba única titular, como consecuencia de la ejecución de la sentencia de instancia en la que resultó condenado su esposo.

16. RECURSO DE REVISIÓN

A) Plazo

La **STS de 23 de julio de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1721, establece que el plazo para interponer el recurso de revisión es de caducidad y que incumbe al recurrente no sólo indicar que lo ha interpuesto oportunamente, sino fijar con claridad el *dies a quo* y acreditar su certeza mediante prueba concluyente. Por otro lado, la **STS de 23 de julio de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1722, establece que la demanda de revisión se interpuso fuera de plazo ya que, a pesar de que las demandadas no recibieron notificación de la sentencia objeto de revisión, en el proceso quedó probado que la madre de las mismas sí que tuvo conocimiento de la misma, de lo cual se colige que las demandantes también la conocieron en fecha muy anterior a los tres meses precedentes a la interposición del recurso de revisión.

B) Competencia

La **STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2002**, I.L. J 1650, establece que el juicio de revisión de sentencias firmes no puede exceder los estrictos límites que legalmente tiene marcados, entre los que se encuentra el de la competencia funcional, la cual se encuentra asignada en exclusiva a la Sala Cuarta del TS.

C) Maquinación fraudulenta

La **STS de 23 de julio de 2002**, Sala Cuarta, I.L. J 1722, desestima la existencia de maquinación fraudulenta por parte del actor a la hora de señalar un domicilio supuestamente

falso de las demandadas para que las mismas no recibiesen las oportunas notificaciones, por cuanto en el poder general para pleitos otorgado ante notario por las demandadas aparece el mismo domicilio que señaló el actor en su demanda.

17. RECURSO DE AMPARO. AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL ORDINARIA

La STC 214/2002, de 11 de noviembre, recurso de amparo 4353/2001, I.L. J 2034, acoge el amparo solicitado por el trabajador-recurrente en un supuesto en el que el Juzgado de lo Social había desestimado la demanda acogiendo la excepción de caducidad alegada por la Administración demandada. La demanda pretendía impugnar una decisión sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo adoptada por la Administración al amparo del art. 41 ET. Se interpuso reclamación previa, que fue desestimada. En la resolución poniendo fin a la vía administrativa se produjo un error que indujo al demandante a interponer la demanda ante la jurisdicción social fuera del plazo establecido en el art. 138.1 LPL. Contra la sentencia desestimatoria en la instancia, no se interpuso Recurso de Suplicación, acudiéndose directamente al amparo. Con cita, entre otras, de la STC 128/2002, de 3 de junio (publicada en el número 5/2002 de I.L. J 865), el TC vuelve a declarar que el requisito de agotar la vía judicial ordinaria en el presente supuesto no era razonablemente exigible por la dudosa viabilidad del Recurso de Suplicación, no sólo porque se trataba de un procedimiento respecto del que la sentencia recaída no era recurrible según lo previsto en el art. 138.4 LPL, sino porque tampoco podría haberse basado dicho recurso en lo dispuesto en el art. 189.1.d) LPL.

18. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

A) Ejecución en sus propios términos

La STSJ de Asturias de 31 de octubre de 2002, I.L. J 2381, establece que la ejecución de las sentencias debe llevarse a efecto en los términos exactos fijados en su parte dispositiva, sin que importe ya, a partir de la firmeza de la misma, la legalidad, coherencia o corrección de los términos del fallo. Por ello, el interesado debe intentar modificarlos por vía de recurso y no en trámite de ejecución.

B) Sentencias no ejecutables

La STSJ de Valencia de 7 de febrero de 2002, I.L. J 2056, establece que una vez cumplida la sentencia dictada en su día en procedimiento de conflicto colectivo, tras la entrada en vigor de un convenio colectivo de empresa no procede la ejecución de dicha sentencia sino que se obliga a los actores a la interposición de una nueva demanda de conflicto colectivo, debido a la existencia de un nuevo marco normativo de discusión. Por otro lado, la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 4 de julio de 2002, I.L. J 1799, establece que en los supuestos de sentencias meramente declarativas no pueden éstas ser ejecutadas directamente en el procedimiento que declara o reconoce el derecho, debiéndose instar un nuevo procedimiento por el que solicite el cumplimiento o, como suce-

de en el caso enjuiciado por el TS, la indemnización sustitutoria en caso de imposibilidad de cumplimiento *in natura* de la obligación declarada por sentencia.

19. TEMERIDAD Y MALA FE

La STSJ de Galicia de 5 de julio de 2002, I.L. J 1823, considera que es procedente la imposición de la multa por temeridad y mala fe en un caso en el que quedó probado que una de las codemandadas intentó evitar la declaración de los testigos propuestos por la parte actora.

LOURDES MARTÍN FLÓREZ

FÉLIX BOLAÑOS GARCÍA

PAZ DE LA IGLESIA ANDRÉS

SERGIO PONCE RODRÍGUEZ

XIII. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**Sumario:**

Consideración preliminar 1. Recargo de prestaciones. A) Contrata y subcontrata: interpretación. B) Falta de tipicidad de medida de seguridad. C) Falta de relación causal. D) Infracción de una norma de prevención. E) Caso fortuito. **2. Evaluación de riesgos: empresas de diez o menos trabajadores.** **3. Adopción del Derecho comunitario: sustancias peligrosas.**

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica está incluido el análisis de las decisiones del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia aparecidas en los números 9 a 12 de la *Revista Información Laboral-Jurisprudencia* (marginales J 1619 a J 2463), correspondientes a los meses de diciembre de 2002 y enero, febrero y marzo de 2003, que incorporan contenido de seguridad y salud laboral.

El tema central objeto de análisis de las sentencias referidas es el recargo de prestaciones de la Seguridad Social ante situaciones y actuaciones diversas que ahora se resuelven. La solidaridad o la independencia de responsabilidades en la contrata y subcontrata, la falta de tipificación de una medida concreta de seguridad o, finalmente, la falta de causalidad, incluido el caso fortuito, son los temas estrella de este grupo de decisiones judiciales. Por otro lado, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ante los correspondientes Recursos de Incumplimiento, interpreta el alcance de las Directivas 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989 y 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996.

1. RECARGO DE PRESTACIONES**A) Contrata y subcontrata: interpretación**

El deber de seguridad de la empresa principal o contratista para con los trabajadores de la contratista es un deber reforzado en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (art. 24.3º) cuando las obras o servicios contratados sean de su propia actividad y los trabajadores de las contratistas realicen su actividad laboral en el centro de trabajo de la principal. En estos supuestos tienen la obligación de “vigilar el cumplimiento por los con-

tratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”. Este deber se encuentra aún más reforzado en el art. 42.3º de la misma Norma de prevención cuando establece una responsabilidad solidaria para contratante y contratista cuando la infracción de seguridad se haya producido en el centro de trabajo de la empresa contratante.

Por otro lado, el dato cierto de que la obra o servicio contratado no sea de “la propia actividad” conllevaría a la exoneración de responsabilidad de la empresa principal pues no tendrá el deber de vigilancia reconocido en el citado art. 24.3º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, aunque sí le serían de aplicación los números 1º y 2º de ese art. 24 relativos a sus obligaciones de coordinación, cooperación y titularidad del lugar de trabajo.

Pero el concepto amplísimo de “propia actividad” otorgado por la Jurisprudencia hace que muy pocos supuestos analizados de contratas y subcontratas queden fuera de este concepto, ya que si esa obra o servicio contratado “se incorpora al proceso productivo de la principal” (STS de 12 de diciembre de 1997) es propia actividad y, por tanto, entra en el supuesto del art. 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, si se dan el resto de requisitos que dicho precepto establece.

Partiendo de estas premisas, la **STSJ de Murcia de 4 junio 2002**, I.L. J 1640, analiza un accidente ocurrido a un trabajador de la contratista en el centro de trabajo de la empresa principal y llega a la conclusión contraria a la de la mayoría de las decisiones judiciales en este tema que declaran la responsabilidad solidaria en materia de recargo de prestaciones de la Seguridad Social entre las dos empresas; consecuencia esta que proviene de la concurrencia de culpas entre ambas ante la evidencia de que la contratante que debe vigilar los riesgos recibe, además, directamente los frutos del trabajo del trabajador, aplicando directamente el art. 42.2º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

La citada sentencia ahora analizada advierte, sin embargo, la separación de responsabilidades entre las dos empresas y declara:

“(…) en el caso de autos el accidente se produjo por no adoptarse las medidas de apuntalamiento y suspensión de las chapas metálicas para proteger al trabajador de la caída o proyección violenta de materiales (…)”; “tales medidas debían de haberse adoptado por la empresa para la que trabaja (la contratista) y la actitud o conducta imprudente o culposa debe imputarse sólo a ésta”.

B) Falta de tipicidad de medida de seguridad

Para que opere el recargo de prestaciones de la Seguridad Social por incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud y recaiga, por tanto, la responsabilidad del mismo sobre el empresario infractor, del art. 9.1º de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en relación con el art. 123 de la Ley General de Seguridad Social, se infiere lo siguiente: a) debe haber tal incumplimiento empresarial de medidas en seguridad y

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

salud, es decir, un incumplimiento de la normativa que regula tal materia incluidas las normas técnicas; b) ha de darse una relación de causalidad entre el incumplimiento de tal normativa y el accidente, sin que pueda apreciarse nunca de forma presumible, excluyéndose de responsabilidad al empresario en los supuestos de negligencia prevalente y determinante del trabajador.

Desde el análisis del primer requisito ahora referido es claro que si no hay norma concreta que regule una medida de seguridad cuya omisión ha desencadenado el accidente, no puede existir penalización; máxime, como en el caso de la **STSJ de Valencia de 9 enero 2002**, I.L. J 2035, donde la infracción no es causa del accidente.

En efecto:

“No podemos perder de vista que debe existir infracción de norma concreta, fallando en nuestro caso la estricta tipicidad de la medida de seguridad omitida y que, además, no hay recargo si la infracción no es la causa del accidente, y en el caso de autos lo único constatable es la no observancia estricta del protocolo verbal existente para la tarea en cuestión y el fatal resultado para el trabajador.”

C) Falta de relación causal

Por otro lado, desde el análisis del segundo requisito, la existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento de la norma y el accidente, y por lo que se refiere a la exclusión de responsabilidad del empresario cuando medie negligencia del trabajador, la **STSJ de Valencia de 18 enero 2002**, I.L. J 2040, así lo corrobora porque:

“está probado que el accidente ocurre al ser atropellado el actor por un vehículo en la calzada cuando la cruzaba a pie, sin percatarse de que venía el citado vehículo cuya conductora pese a frenar no pudo evitar el atropello. No llevaba puesto el equipo reflectante. Es muy claro que el culpable del accidente jamás puede ser la empresa empleadora”.

D) Infracción de una norma de prevención

La misma sentencia –**STSJ de Valencia de 18 enero 2002**, I.L. J 2040– aprovecha para dejar claro que no toda infracción de la normativa de seguridad y salud en el trabajo desencadena el recargo de prestaciones, dado que, ante unos hechos, que si bien suponen infracción de la normativa sobre Seguridad y Salud en el trabajo –falta de equipo de trabajo adecuado, del art. 17– la consecuencia jurídica de acuerdo a la Ley General de Seguridad Social no puede ser de forma inmediata el recargo de prestaciones que exige una infracción de una norma o medida concreta, pues el contenido del art. 17 LPRL:

“no son medidas concretas respecto a faltas de medida de seguridad en los equipos”.

Por su parte la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 mayo 2002**, I.L. J 2254, refiriéndose también a la actitud del trabajador, tras señalar el deber del empresario de cumplir con todas las medidas de seguridad para con los trabajadores sin que pueda excusarse por el

incumplimiento de éstos, declara también la excepción a su responsabilidad por rompimiento del nexo causal ante una actuación del trabajador que rayase en la imprudencia temeraria que desvinculase completamente el hecho acaecido con la responsabilidad empresarial y siempre, claro está, que la empresa hubiese cumplido con la adopción de las medidas de prevención exigibles por la normativa en esta materia. Pues bien. La Sentencia ahora citada estima que la infracción del art. 17 LPRL y su correspondiente norma reglamentaria aplicable al caso —que es la norma o medida concreta— sin participación de conducta temeraria del trabajador acarrea la consecuencia jurídica del recargo de prestaciones.

Así, “la empresa no cumplió con lo impuesto legalmente ya que no adoptó todas las medidas de protección necesarias, cualesquiera que ellas fueran, porque como señala la resolución de la Entidad Gestora existía infracción del art. 145 de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, ya que el trabajador no utilizaba gafas de protección, no siendo suficiente la utilización de una pantalla facial antideslumbrante (...)”

E) Caso fortuito

Finalmente, el empresario quedará también exonerado del recargo de prestaciones no sólo cuando no exista incumplimiento empresarial ni conducta negligente del trabajador, sino también cuando estemos ante un caso fortuito precisamente con fundamento en la falta de causalidad entre el hecho y la ausencia de medidas de seguridad.

La **STSJ del País Vasco de 27 mayo 2002**, I.L. J 2254, así lo pone de relieve al declarar que:

“(...) no se desprende que exista una negligencia, que estuviera en malas condiciones el vehículo o que no se hubieran observado las medidas de seguridad e higiene. Estamos ante un caso fortuito que, a pesar de prevenirse, se produjo sin que se hubieran omitido deliberadamente medidas de prevención. Falta por tanto la relación de causa-efecto entre la caída del volquete y la ausencia de medidas de seguridad”.

En el mismo sentido, la **STSJ del País Vasco de 27 noviembre 2002**, I.L. J 2366, insiste en la existencia de un caso fortuito cuando el trabajador al hacer un descanso:

“se despojó del cinturón que portaba y cayó al suelo” (...) “no se desprende que exista una negligencia, que estuviera en malas condiciones el vehículo o que no se hubieran observado las medidas de seguridad e higiene. Estamos ante un caso fortuito (...)”

2. EVALUACIÓN DE RIESGOS: EMPRESAS DE DIEZ O MENOS TRABAJADORES

La **STJCE de 7 febrero 2002**, I.L. J 2313, analiza el incumplimiento de la República Federal de Alemania de los arts. 9.1.a) y 10.3.a) de la Directiva 89/391/CEE de 1989,

XIII. Seguridad y Salud en el Trabajo

relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores, al haberse establecido en su legislación una dispensa a los empresarios con diez trabajadores o menos de la obligación de disponer de documentación que contenga los resultados de una evaluación de riesgos.

Ciertamente los citados preceptos de la Directiva obligan a todos los empresarios, sin exclusión alguna por el número de trabajadores que tuviesen empleados, a disponer de la evaluación de riesgos y la garantía a determinadas personas para el acceso a dicha evaluación. El Gobierno alemán aduce que su normativa prevé la obligación para todas las empresas de designar médicos de empresa y personal especializado en materia de seguridad en el trabajo, estando éstos obligados a emitir informes que contengan una evaluación de riesgos en el trabajo; con estas previsiones legislativas cree el Gobierno alemán tener por cumplidos los mandatos contenidos en los arts. 9.1.a) y 10.3.a) de la Directiva 89/391/CEE de 1989.

Sin embargo, la Comisión plantea objeción a ello dado que esa obligación normativa de Alemania no equivale a lo preceptuado en la Directiva: esos informes no son los documentos a los que se refiere la Directiva y, por otro lado, no es una obligación empresarial, tal y como establece esta Norma, sino que queda en manos de los médicos de empresa.

En definitiva,

“Una disposición que, respecto a determinadas empresas, en particular en función del número de trabajadores que emplean, (otorgue) (...) la facultad de eximir a los médicos de empresa y al personal especializado en materia de seguridad en el trabajo de la obligación de emitir informes sobre la apreciación de las condiciones de trabajo, resulta claramente contraria a los arts. 9.1.a) y 10.3.a) de la Directiva, por cuanto de este modo las empresas que emplean a diez trabajadores o menos podrían estar dispensadas de la obligación de disponer de una evaluación de riesgos en forma de documentos.”

3. ADOPCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO: SUSTANCIAS PELIGROSAS

La Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, tiene por objeto la prevención de accidentes graves en que intervengan sustancias peligrosas así como la limitación de sus repercusiones en las personas y el medio ambiente, con miras a garantizar de forma coherente y eficaz niveles elevados de protección en toda la Comunidad. El art. 11.1º de esta Directiva establece las concretas medidas a adoptar por las empresas, especialmente el plan de emergencia, disponiéndose en su art. 24.1º la obligación para los Estados miembros de poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva a más tardar veinticuatro meses después de su entrada en vigor e informar inmediatamente al respecto a la Comisión.

Pues bien. El caso que se plantea al TSJCE es el incumplimiento del Gobierno Alemán de adaptar su derecho interno a esta Directiva por el transcurso del plazo establecido. El Gobierno Alemán aduce el número y la complejidad de las medidas necesarias y los esfuerzos realizados o que están realizándose para adaptar el Derecho interno a la Directiva.

Ante estas realidades la **STJCE de 14 mayo 2002**, I.L. J 2317, concretamente sobre las actuaciones posteriores del Gobierno Alemán, establece que:

“conforme a una reiterada jurisprudencia la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al finar el plazo señalado en el dictamen motivado, y los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia (véanse en particular, las sentencias de 11 de octubre de 2001, Comisión/Austria, C-110/00, Rec. P. I-7545, apartado 13, y de 17 de enero de 2002, Comisión/Bélgica, C-423/00, aún no publicada en la Recopilación, apartado 14)”.

Y, por lo que concierne al otro tipo de problemas alegados en contra:

“(…) el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que un Estado miembro no puede alegar disposiciones prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno, incluidas las que deriven de su organización federal, para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva (...)”.

JOSÉ LUIS GOÑI SEIN

MARGARITA APILLUELO MARTÍN

MANUEL GONZÁLEZ LABRADA

ELISA SIERRA HERNÁIZ

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**H. ABIGAIL RODRÍGUEZ, J.A. ESPEÑO SANTIAGO,
L.M. PÉREZ SÁNCHEZ, J.I. PIÑERA DÍAZ y
J.M.^a RUIZ BARBERÁN**

Curso de prevención de riesgos laborales en la construcción

[Lex Nova, 3ª edición, Valladolid, marzo 2003, 706 páginas]

LEX NOVA

El presente manual, que alcanza su tercera edición, contempla la nueva normativa, los cambios en las técnicas y equipos, así como las carencias del sector de la construcción en cuanto a los riesgos que algunos contaminantes químicos generan en las obras.

Esperamos que esta nueva edición sea útil en cuanto al conocimiento de los riesgos, su problemática y los medios y medidas adecuadas para eliminarlos o al menos disminuir sus consecuencias.

De su contenido destacamos la adaptación de las normas UNE-EN 1263/1 y 1263/2 sobre redes, la aplicación a los andamios colgados móviles de la norma UNE-EN 1808 y de los Reales Decretos 1627/1997, 1215/1997, 56/1995 y 1435/1992, así como la adaptación del nuevo Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión (RD 842/2002) y del RD 614/2002, de disposiciones mínimas para la protección de la Salud y Seguridad de los trabajadores frente al riesgo eléctrico.

A. MATEOS BEATO

Diccionario de seguridad y salud laboral

[Lex Nova, 2ª edición, Valladolid, marzo 2003, 1.314 páginas]

LEX NOVA

La entrada en vigor de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995, de 8 de noviembre) ha marcado una nueva etapa en el ámbito jurídico-laboral debido, no solamente a la transformación que han experimentado muchos de los conceptos que establecía la antigua "Seguridad e Higiene en el Trabajo", sino también a la incorporación de nuevos espacios más amplios que abarca la Seguridad y Salud Laboral. Se integran, entre otras disposiciones, las relativas a la seguridad en el producto y en el medio ambiente cuyo fin último se dirige a la protección del ciudadano, y que resultan más acordes con respecto al modelo implantado en la Europa comunitaria.

El objeto que esta Ley persigue no es otro que promover la Seguridad y Salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para prevenir los riesgos derivados del trabajo. Para ello, se han establecido unos principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales en función de la protección de la Seguridad y la Salud, tales como la eliminación o disminución de los riesgos derivados del tra-

bajo, la información, consulta y la formación de los trabajadores en materia preventiva. Además, se regulan las actuaciones que tanto las Administraciones Públicas, los empresarios, los trabajadores y sus representantes deben desarrollar para realizar la labor preventiva.

Con el fin de acercarnos al contenido de esta Ley, Alfredo MATEOS nos muestra, en el presente *Diccionario de Seguridad y Salud Laboral*, una selección de los distintos términos que se contienen en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, examinando de forma teórica y de modo individualizado cada uno de los conceptos, sin perder la necesaria correlación con el contexto de la Ley.

El autor, junto a la selección de “voces principales”, incorpora algunos términos cuyo tratamiento y análisis realiza de forma detallada dentro de las denominadas principales. De esta manera, reduce el número de “voces” y hace más comprensible el contenido de esta compleja Ley.

Asimismo, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales emplea numerosos conceptos que han sido interpretados de modo diverso en función de la perspectiva desde la que han sido analizados. Por ello, y con buen criterio, Alfredo MATEOS resume en la presente obra las opiniones doctrinales y jurisprudenciales más relevantes de la Ley.

El diccionario se completa con un índice de términos complementarios asociados a un concepto principal; un anexo legislativo, que reproduce literalmente el texto de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, una amplia bibliografía y, finalmente, se acompaña de un CD-ROM con enlaces al contenido del texto.

Por todo ello, el libro, ya en su segunda edición, se presenta como una buena herramienta de consulta, no sólo para aquellos que estén comprometidos en la prevención de riesgos laborales, sino para todos los interesados en la materia objeto de estudio.

J. GÁRATE CASTRO (Coord.)

Estudios jurídicos sobre las reformas de la Seguridad Social

[Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 2002, 307 páginas]

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Dividida en siete partes, ofrece esta obra un estudio y análisis monográfico de las últimas modificaciones legales producidas en las materias de jubilación, desempleo, muerte y supervivencia, maternidad, riesgo durante el embarazo y planes y fondos de pensiones. En la primera parte, MARTÍNEZ GIRÓN comenta el Acuerdo firmado en abril del pasado año por el Gobierno, CEOE, CEPYME y CCOO para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social. De los quince apartados que componen dicho acuerdo, trece se destinan a cuestiones de Seguridad Social si bien, como el mismo autor señala, se trata de meras “orientaciones” destinadas a convertirse en verdaderas normas jurídicas tras un cierto período de tiempo. En este sentido, el autor distingue tres tipos de cláusulas: las que ya han merecido transposición legal, aquellas cuyo plazo de transposición, aunque cierto, todavía no ha vencido y, por último, las que no tienen previsto otro plazo específico de transposición que el propio período de vigencia del Acuerdo, esto es, hasta el año 2004.

A continuación, TORTUERO PLAZA estudia la reforma de la jubilación operada con el Real Decreto-Ley 16/2001 y la Ley 55/2002 que lo sustituye. Se crea, así, una nueva modalidad de jubilación anticipada (prevista para todos aquellos que no disfrutaban de la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967) y se prevé la creación de un convenio especial para el caso de expedientes de regulación de empleo, que trata de

conservar la protección social del trabajador –al menos, en determinadas contingencias– mediante un sistema de distribución de cotizaciones entre éste y el empresario. Ambas medidas desprecian, de nuevo, la voluntariedad en el acceso a la jubilación y el esfuerzo contributivo del trabajador, por lo que el autor señala el paradójico contraste entre estos mecanismos “dulcificados” de gestión de personal y las restantes novedades (compatibilidad de la jubilación con la celebración de un contrato a tiempo parcial; exención de cotizaciones a la Seguridad Social por contingencias comunes y acceso a las pensiones de incapacidad permanente una vez alcanzada dicha edad por el trabajador en activo), dirigidas a incentivar la actividad de los mayores de sesenta y cinco años.

La promulgación de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, ha supuesto una nueva modificación del tradicionalmente vapuleado sistema de planes y fondos de pensiones. Con esta reforma, comentada por GARCÍA MURCIA y CASTRO ARGÜELLES, se ha flexibilizado su ámbito subjetivo (acogiendo a los trabajadores con relación laboral especial, con menos de dos años de antigüedad, o a los propios empresarios), se modifica el régimen de aportaciones, se definen ciertas contingencias y supuestos de acceso a las prestaciones (la denominación “invalidéz” se sustituye ya por “incapacidad”) y, en entre otros, se permite hacer efectivos los derechos consolidados ante situaciones de desempleo de larga duración o enfermedad grave del partícipe.

GÁRATE CASTRO se ocupa de la reforma de las prestaciones por muerte y supervivencia, marcada por el reforzamiento del principio de solidaridad. En otras palabras, salvo el aumento de la pensión de viudedad hasta el cincuenta y dos por ciento de la base reguladora, que tiene carácter general (también, previa solitud del beneficiario, para las pensiones anteriores al 1 enero 2002), las otras reformas –el mantenimiento de la pensión de viudedad tras contraer nuevas nupcias, o el aumento del límite de edad en las pensiones de orfandad– benefician tan sólo a aquellos que se

encuentran en situaciones de mayor necesidad. Aparte de que la intensificación de la solidaridad no es equivalente a la de la contributividad experimentada por otras prestaciones, critica el autor las fuentes económicas sobre las que se sustenta aquélla.

El Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, ha desarrollado las prestaciones económicas del sistema de seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo, que dejó pendientes la Ley 39/1999 de conciliación de la vida laboral y familiar. CABEZA PEREIRO destaca, en relación con la maternidad, la concesión a ambos progenitores de la condición expresa de beneficiarios, la regulación de los subsidios por parto múltiple o por nacimiento de hijos prematuros o que requieran hospitalización tras el parto, así como, especialmente, el posible disfrute a tiempo parcial de la suspensión por maternidad. La novedad más reseñable en cuanto a la protección por riesgo durante el embarazo es su extensión a las trabajadoras autónomas en los regímenes de seguridad social en los que puedan estar incluidas, si bien también se regulan otros supuestos, como el de las trabajadoras pluriempleadas o las nuevas causas de extinción de dicha contingencia.

A las polémicas reformas en materia de desempleo se destina un doble capítulo. El primero de ellos, elaborado por RABANAL CARBAJO, estudia las reglas generales de protección por desempleo y las cuestiones que plantea la percepción del subsidio, tanto a nivel contributivo como asistencial (en el que se elimina la posibilidad de prórroga y se modifican las prestaciones para mayores de cincuenta y dos años). El reciente Real Decreto-Ley 5/2002 y las modificaciones que introduce en materia del desempleo se comentan, breve pero acertadamente, en el último capítulo de esta obra.

El libro concluye con un completo apéndice normativo que permitirá al lector un perfecto y riguroso seguimiento de cada una de las modificaciones comentadas a lo largo de sus páginas.

N O T A S

N O T A S

N O T A S

N O T A S

