

SALA CUARTA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Página

I. DERECHO DEL TRABAJO

1. CONTRATO DE TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	197
1.1. Derecho a la intimidad y facultades de control empresariales	197
2. CONTRATOS TEMPORALES	198
2.1. Contratos para obra o servicio de duración determinada.....	198
2.2. Contratos fijos o indefinidos discontinuos	199
2.3. Fijación de la duración máxima del contrato eventual en convenio extraestatutario	200
3. CONVENIOS COLECTIVOS	200
3.1. Contenido del convenio: la fijación de edades de jubilación	200
3.2. Cláusulas sobre creación de comisiones y órganos de participación.....	202
3.3. Reglas de legitimación para negociar en unidades complejas	203
3.4. Convenios franja.....	204
3.5. Concurrencia de convenios colectivos	206
4. DESPIDO.....	206
4.1. Plazo «largo» de prescripción de las faltas	206
4.2. Despido objetivo.....	207
4.3. Despido improcedente reconocido en conciliación y consignación de salarios de tramitación.....	208
4.4. Alcance de la responsabilidad del Estado por salarios de tramitación	209
5. EXCEDENCIAS.....	209
5.1. Solicitud de prórroga en excedencia voluntaria ...	209

	<i>Página</i>
6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	210
6.1. Resolución del contrato a instancias del trabajador e indemnización de daños.....	210
7. EXTRANJEROS.....	212
7.1. Consecuencias de la falta de autorización.....	212
8. HUELGA.....	213
8.1. Huelga intermitente y lesión del derecho de libertad sindical.....	213
8.2. Descuentos por huelga.....	214
9. LIBERTAD SINDICAL.....	215
9.1. Promoción de procesos electorales en empresas de entre seis y diez trabajadores.....	215
9.2. Contenido de la libertad sindical y derecho de reunión.....	216
10. PERSONAL LABORAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	218
10.1. Diferencias de trato entre trabajadores fijos y temporales.....	218
11. PROFESORES DE RELIGIÓN EN CENTROS DE ENSEÑANZA ...	218
11.1. Inaplicación del convenio colectivo para el personal laboral de la Administración.....	218
12. RELACIÓN LABORAL.....	219
12.1. Relación laboral especial de alta dirección.....	219
13. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES.....	221
13.1. Representación de los trabajadores en ETTs.....	221
14. SALARIO.....	222
14.1. Sistema de retribución de domingos y festivos...	222
14.2. Compensación y absorción.....	223
15. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL.....	224
15.1. Responsabilidad empresarial solidaria y trabajadores no cedidos.....	224
15.2. Plazo de prescripción para interponer la acción de nulidad de la subrogación.....	225
16. TRASLADOS.....	225
16.1. Delimitación de traslados y desplazamientos	225

II. SEGURIDAD SOCIAL

1. ACCIDENTE DE TRABAJO.....	226
1.1. Responsabilidades en el pago de las prestaciones. Trabajador extranjero (ecuatoriano) sin permiso de trabajo ni residencia.....	226

	<i>Página</i>
1.2. Recargo por falta de medidas de seguridad. Existencia de nexo causal. Inaplicación del principio de presunción de inocencia.....	227
1.3. La entidad gestora no tiene que presentar certificación de comienzo del pago de la prestación para recurrir en suplicación. El INSS no tiene responsabilidad subsidiaria en el pago del recargo	227
1.4. Enfermedades surgidas en el trabajo, antes del inicio de la jornada laboral: no constituye accidente de trabajo	228
1.5. Presunción de laboralidad. No puede apreciarse automáticamente en suplicación en contra del criterio del Juez de lo Social.....	228
2. ASISTENCIA SANITARIA	229
2.1. Reintegro de gastos médicos. El concepto de urgencia vital incluye riesgo de pérdida de órganos importantes.....	229
3. DESEMPLEO.....	229
3.1. Pérdida de un trabajo a tiempo completo que duró doce días, precedido de otro a tiempo parcial	229
3.2. Responsabilidades familiares. Hijo privativo del cónyuge del solicitante, que no convive con este	230
3.3. Mayores de 52 años. Inscripción ininterrumpida como demandante de empleo. Criterio flexibilizador	230
3.4. Consecuencias de la falta de comunicación del cambio de la situación familiar. No incide en el derecho prestacional cuando aquélla es irrelevante	231
3.5. Desempleo parcial por extinción de contrato a tiempo completo y contratación a tiempo parcial .	231
4. INCAPACIDAD PERMANENTE	232
4.1. Pensión no contributiva. Computo de ingresos de la unidad económica de convivencia. Plan de pensiones	232
4.2. Período de cotización. Se excluye para el cómputo el período de incapacidad temporal no iniciado ..	232
4.3. Incremento del 20% en Incapacidad Permanente Total	233

	<i>Página</i>
5. INCAPACIDAD TEMPORAL	233
5.1. Alta con propuesta de invalidez. La fecha de efectos económicos llega hasta la fecha de la resolución que resuelve el expediente de incapacidad permanente.....	233
5.2. Responsabilidad por falta de alta. Alta fuera de plazo autorizado y cotizaciones abonadas con posterioridad al hecho causante.....	233
5.3. Extinción. No procede por el transcurso de los 30 meses sin resolución del expediente de incapacidad permanente	234
5.4. Reparto de responsabilidades. El INSS no responde subsidiariamente del pago cuando la empresa gestiona directamente la prestación.....	234
6. JUBILACIÓN	235
6.1. Pensión no contributiva. Ingresos de la unidad económica de convivencia. Supuesto de miembro (hija de la solicitante) casado en régimen de gananciales.....	235
6.2. Complementos por mínimos. Cómputo de capital por rescate de Plan de Pensiones. Distribución en períodos anuales: no procede.....	235
6.3. Periodo de carencia. Cotizaciones por subsidio de desempleo para mayores de 52 años: ineficacia. Hecho causante bajo la vigencia de la Ley 50/1998	236
6.4. Responsabilidad por falta de cotización en caso de sucesión de empresa	236
6.5. Cómputo de cotizaciones mejoradas que no supera el tope máximo de cotización.....	236
6.6. Pensión no contributiva. Cálculo del límite de ingresos cuando existe un miembro excluido de la unidad familiar	237
7. LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES	237
7.1. Hipoacusia que afecta a los dos oídos, sin alcanzar el nivel conversacional en ninguno de ellos: baremo 8 por cada oído	237
7.2. Hipoacusia bilateral de 25 dB. Indemnización según baremo	238
7.3. Doble indemnización en caso lesiones permanentes no invalidantes	238

	<i>Página</i>
8. MEJORAS VOLUNTARIAS DE PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	238
8.1. Modificación de las reconocidas en Convenio Colectivo por otro posterior.....	238
8.2. Complemento de pensión de incapacidad permanente absoluta. Hecho causante: el que figure en el contrato de seguro que la instaura	239
9. ORFANDAD	239
9.1. No procede la recuperación de la pensión extinguida por matrimonio en caso de separación matrimonial.....	239
10. PERSONAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	240
10.1. ATS de refuerzo en EAP. Retribución. Principio de igualdad	240
10.2. Servicio Vasco de Salud. Medico. Jornada anual. Cómputo del descanso tras guardia de presencia física	240
10.3. Responsabilidad en el pago de retribuciones. Transferencias del INSALUD a Comunidad Autónoma. Reclamación por períodos anteriores a la fecha de efectos de las transferencias.....	240
10.4. ATS-DUE sin especialidad. No tiene derecho al complemento específico	241
11. RECLAMACIÓN PREVIA EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL	241
11.1. Impugnación de resoluciones dictadas durante la tramitación del expediente.....	241
12. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS.....	242
12.1. Incapacidad temporal. Requisito de estar al corriente del pago de las cotizaciones al momento del hecho causante. Posterior acuerdo de fraccionamiento del pago	242
12.2. Viudedad. Estar al corriente del pago de las cuotas. Cuotas prescritas antes de la solicitud pero no con anterioridad al hecho causante	242
12.3. Encuadramiento. Baja de oficio y situación asimilada a la de alta.....	242
13. PRESTACIONES POR HIJO A CARGO	243
13.1. No son imprescriptibles.....	243
14. REINTEGRO DE PRESTACIONES INDEBIDAMENTE PERCIBIDAS.	243

14.1. Reclamación de oficio: Regla General y excepciones. Supuesto de pensión contributiva	243
15. SENTENCIA	244
15.1. Congruencia. Reclamación de Gran Invalidez y petición en suplicación de incapacidad permanente absoluta, como pretensión subsidiaria.....	244
16. VIUDEDAD.....	244
16.1. Causante perceptor de pensión de incapacidad derivada de accidente de trabajo, acaecido con anterioridad a 1966. Responsabilidad en el pago de la prestación.....	244
16.2. Distribución proporcional entre beneficiarias en razón al tiempo convivido	245

III. PROCESO SOCIAL

1. COMPETENCIA JURISDICCIONAL.....	245
1.1. Concesión de licencias federativas a deportistas extranjeros.....	245
1.2. Tutela de la libertad sindical del personal al servicio de la Administración.....	246
1.3. Trabajo de extranjeros y competencia judicial internacional.....	247
1.4. Competencia territorial y facultades judiciales	248
2. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.....	249
2.1. Ejecución de sentencias de despido.....	249
2.2. Ejecución de sentencias con condena de futuro....	249
2.3. Pronunciamiento en fase de ejecución sobre salarios de tramitación	250
3. MODALIDADES PROCESALES	251
3.1. Conflicto colectivo.....	251
3.2. Procedimiento de oficio.....	253
4. PROCESO ORDINARIO	254
4.1. Posibilidad de reconversión.....	254
4.2. Plazo de prescripción de la acción y pendencia de recurso contencioso-administrativo	255
5. RECURSO DE CASACIÓN	255
5.1. Infracción legal como fundamento del recurso	255
6. RECURSO DE SUPLICACIÓN.....	256
6.1. La afectación general como mecanismo de apertura del recurso	256

Como cada año judicial las presentes líneas se proponen ofrecer una visión panorámica de lo que ha sido la actividad de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, resaltando sus pronunciamientos más relevantes, no sólo desde el punto de vista de su contribución a la construcción doctrinal del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sino, en algún caso también, por la repercusión social de los conflictos a los que la Sala ha debido poner solución. Al tratarse sencillamente de hacer un balance y no un recuento exhaustivo, lo que desbordaría la capacidad de esta crónica y se desviaría también de su finalidad, ha sido preciso proceder a seleccionar sólo una parte de las sentencias dictadas por la Sala Cuarta en el período abarcado. Selección que obedece al personal criterio de los autores, pero que ha procurado atenerse a parámetros de actualidad, novedad o trascendencia de la materia.

Por lo que al Derecho del trabajo se refiere, la actividad de la Sala se caracteriza, cada vez más, por el casuismo, lo que quizá venga impuesto por el propio carácter cambiante de la realidad social a cuya ordenación se dirige este sector del ordenamiento. Este interesante dato ha merecido que se incluyan en esta crónica pronunciamientos relativos a cuestiones o asuntos —como la contratación temporal, la negociación colectiva o el despido— para cuya resolución, aunque se cuente con un importante y sólido acervo doctrinal, no ha bastado con una aplicación mecánica de los criterios precedentes, sino que ha sido preciso verificar alguna adaptación concreta o introducir algún matiz.

La elaboración de la Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por D.^a Carolina MARTÍNEZ MORENO, D.^a Ana DE MIGUEL LORENZO y D. Alfonso PÉREZ CAMINO, Letrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la coordinación de la Ilma. Sra. D.^a M.^a Luz GARCÍA PAREDES, Magistrada del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y la supervisión general del Excmo. Sr. D. Luis GIL SUÁREZ, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

Por otro lado, sectores o ámbitos del Derecho del trabajo y de las relaciones laborales que parecían suficientemente estables y asentados, han vuelto a provocar conflictos que han accedido al máximo grado jurisdiccional. Tal es el caso del régimen jurídico de algunas relaciones laborales especiales, como la del personal de alta dirección o los deportistas profesionales, o del derecho de huelga, en cuanto a sus modalidades de ejercicio y los efectos sobre la retribución del trabajador. En relación con la libertad sindical la actividad jurisdiccional del período, no siendo más intensa de lo que de por sí suele ser habitual en una materia de tanta relevancia, ha dado lugar a algunos pronunciamientos de relieve, no tanto por lo novedoso de la doctrina contenida en los mismos, cuanto por el hecho de que ponen fin —al menos en la vía ordinaria— a conflictos de cierta trascendencia práctica y repercusión social.

La materia relativa al trabajo de extranjeros, como no podía ser de otro modo, ha dado lugar asimismo a algunos significativos pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, referidos unos a los efectos del trabajo desarrollado sin la pertinente autorización administrativa, resuelto, bien es verdad, al amparo de lo dispuesto en la LO 4/2002; a los que se suma una sentencia que examina el complejo asunto de la competencia judicial internacional cuando en la relación laboral hay presente un elemento de extranjería, en el caso, la nacionalidad del trabajador. Por otro lado, también el colectivo de profesores de religión y moral católicas, o el personal al servicio de la Administración siguen ofreciendo nuevos problemas o derivaciones de los que ya se han venido resolviendo en períodos precedentes.

Pero con toda probabilidad, y siempre por lo que se refiere al Derecho del trabajo, de entre las resoluciones de la Sala Cuarta correspondientes a este año judicial que se han esperado con mayor interés, y han provocado más debate, han sido las sentencias sobre la fijación de edades de jubilación forzosa en convenio colectivo, a partir de la derogación de la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores, cuestión sobre la que ya se cierne alguna modificación legislativa. Junto a ellas cabría también mencionar la resolución que excluye la posibilidad de acumular la pretensión indemnizatoria de los daños morales a la de resolución del contrato por voluntad del trabajador con base en lo dispuesto en el art. 50 ET. Entre otras razones, porque constituye un tipo de demanda de intensidad creciente, y sobre la que sin duda también habrá de tener incidencia la trasposición al derecho interno de las previsiones contenidas en las Directivas comunitarias 2000/43/CE y 2000/78/CE,

ambas referidas al derecho a la igualdad y no discriminación, verificada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que ha dado lugar a la modificación del texto de varios preceptos del Estatuto de los Trabajadores.

Las cuestiones que se suscitan en materia de Seguridad Social son innumerables y de muy diversa índole. La selección que aquí se realiza de las sentencias que en este año judicial han conocido de cuestiones nuevas lo es atendiendo a la mayor transcendencia y alcance que ha podido tener el pronunciamiento de la Sala, obviando otras que, siendo igualmente importantes, afectan a situaciones más singulares.

Por último, en el ámbito del proceso laboral, sin duda la mayor innovación doctrinal está representada por la matización introducida en la noción de «afectación general» como mecanismo de acceso o apertura del recurso de suplicación. Aunque no debe dejar de subrayarse algún pronunciamiento en el que se reflejan ya algunas repercusiones en la ordenación del proceso de la nueva LEC, así como ciertas resoluciones en materia de distribución de competencias entre el orden social de la jurisdicción y el contencioso-administrativo.

I. DERECHO DEL TRABAJO

1. Contrato de trabajo y derechos fundamentales

1.1. Derecho a la intimidad y facultades de control empresariales

La virtualidad y las ocasiones de desenvolvimiento de los **derechos fundamentales** de la persona en el contexto de una relación de trabajo asalariado han sido una de las constantes preocupaciones en la historia reciente del Derecho del trabajo, y constituyen hoy un presupuesto comúnmente aceptado, una realidad incuestionable de nuestras relaciones de producción. Pero también lo es que, precisamente porque el ejercicio de tales derechos se enmarca en una relación caracterizada por la subordinación y la incardinación de la prestación de servicios en una organización de medios ajena, orientada a la consecución de un fin productivo, se acepta igualmente la posible limitación o modulación de tales derechos, siempre que el sacrificio, conforme a la constante y reiterada doctrina constitucional, resulte proporcionado y el medio empleado para la limitación necesario e idóneo.

En la **STS 5-12-2003 (RC 52/2003)** se suscita de nuevo la dialéctica y las tensiones existentes entre la garantía de los derechos básicos del trabajador, enunciados en el art. 4 ET, y las facultades de control empresariales, genéricamente reconocidas en el art. 20 ET, manifestación concreta pero contundente y clara de la libertad de empresa.

El Sindicato Unión Telefónica Sindical (UTS) solicitó, a través de una demanda instrumentada por la vía de conflicto colectivo, que se declarase la ilegalidad de las escuchas practicadas por la empresa respecto de las llamadas efectuadas desde el servicio 1004 por los Asesores de Servicios Comerciales al servicio de la entidad demandada a los clientes de esta última, por entender que afectaban al **derecho a la intimidad de los trabajadores**, que comprendería la reserva sobre las conversaciones mantenidas a través de dicha línea.

La demanda fue desestimada en la instancia por sentencia de la Audiencia Nacional, que rechazó la existencia de una vulneración del derecho a la intimidad, con base en que las referidas escuchas se verificaban por la empresa con la finalidad de controlar el servicio prestado a través de la aludida línea 1004. El recurso del sindicato demandante se apoya, básicamente, en la doctrina contenida en la STC 98/2000, de 10 de abril, y la Sala procede a su desestimación, justamente por aplicación al caso concreto del triple juicio —de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad estricta— en que se traduce la referida doctrina constitucional. Se basa esencialmente el Alto Tribunal en que el teléfono controlado («plataforma 2004») es una herramienta de trabajo para los trabajadores que realizan funciones de *telemarketing*, que sólo se controlan las entradas y no las salidas, de manera aleatoria y en un 0,5%, con la finalidad de mejorar el servicio y corregir deficiencias, incluso mediante acciones formativas, y habida cuenta, en fin, que además los afectados disponen de otro aparato para sus conversaciones particulares.

2. Contratos temporales

2.1. *Contratos para obra o servicio de duración determinada*

La **STS 7-7-2003 (RC 4185/2002)** recoge doctrina precedente de la Sala conforme a la cual la posibilidad de concertar **contratos para obra o servicio de duración determinada** cuando una actividad desarrollada por una Administración Pública se sujeta a **programas anuales**,

dotaciones presupuestarias o a la concesión o mantenimiento de una **subvención**, no supone alteración del tipo o modalidad contractual delimitado por la norma legal. De tal manera que el contrato será indefinido cuando, a pesar de la concurrencia de alguna de aquellas contingentes circunstancias, la actividad desempeñada sea una actividad ordinaria y permanente de la Administración u organismo de que se trate.

Dicha doctrina se reitera a su vez en la **STS 22-3-2004 (RC 349/2003)**, que declara el carácter discontinuo e indefinido —al tratarse de una contratación por una Administración Pública— de los contratos de monitores de natación y socorristas concertados por el Patronato Municipal de Deportes de Guadalajara para determinados períodos del año, en años consecutivos, pues se trata de una actividad habitual, aunque cíclica o discontinua.

De nuevo la **STS 5-5-2004 (RC 4063/2003)** insiste en que, por sí sólo, no justifica la celebración de contratos temporales el hecho de realizarse en el marco de las subvenciones públicas recibidas por la empresa, en ese concreto caso, para la puesta en marcha de determinados programas de atención a menores, por lo que al haberse en el primero de ellos, suscrito bajo la modalidad de contrato eventual, superado el plazo máximo legal de duración, la relación se transformó en indefinida.

Por fin, la **STS 31-5-2004 (RC 3882/2003)**, declara aplicable esa misma línea doctrinal a la contratación verificada por una Fundación y no por una Administración u organismo público. Y califica como despido improcedente el cese de un trabajador al servicio de la demandada, «Fundación Diagrama, Intervención Psicosocial», al término del segundo de los contratos concertados bajo la modalidad de obra o servicio de duración determinada, para trabajar como educador en un programa de ejecución de medidas judiciales, al amparo de la concesión de una subvención otorgada a la demandada por parte de la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria para los ejercicios 2001 y 2002, en función del número de plazas ocupadas por los usuarios y de la disponibilidad presupuestaria.

2.2. Contratos fijos o indefinidos discontinuos

Por su parte, la **STS 4-5-2004 (RC 4326/2003)** declara el carácter **indefinido discontinuo** de la relación de un trabajador, que fue contra-

tado por la Agencia Tributaria mediante contratos para obra o servicio determinados, para llevar a cabo labores de asistencia al contribuyente en las campañas de la renta de los años 1998 y 1999, suscribiendo dos nuevos contratos con idéntico fin en los años 2001 y 2002, bajo la modalidad de contrato eventual por acumulación de tareas.

2.3. Fijación de la duración máxima del contrato eventual en convenio extraestatutario

Ésta es la cuestión que se debate en el supuesto analizado por la **STS 18-11-2003 (RC 4895/2002)**, la relativa a si un convenio colectivo de empresa puede remitir al de ámbito sectorial, de carácter extraestatutario, para la fijación de la duración máxima del contrato eventual, por encima de la legalmente establecida. La Sala resuelve dicho dilema en sentido denegatorio de dicha posibilidad, en primer lugar, porque el **convenio extraestatutario** es posterior al de empresa, por lo que mal puede éste remitirse a un convenio aún inexistente. Y ello al margen de los desajustes de los respectivos ámbitos personales de ambos convenios. Por otra parte, el art. 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores no permite a los convenios de ámbito empresarial ampliar la duración del **contrato eventual**, ni se posible reconocer tal posibilidad a los convenios de eficacia limitada. Por fin, a la trabajadora afectada no le resultaba de aplicación por adhesión el convenio extraestatutario.

La posterior **STS 20-11-2003 (RC 4579/2002)** reitera esta doctrina.

3. Convenios colectivos

3.1. Contenido del convenio: la fijación de edades de jubilación

Una de las cuestiones de mayor trascendencia, teórica y práctica, que han sido abordadas por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el presente curso judicial ha sido la referida a las consecuencias de la derogación de la **disposición adicional décima del ET** por la Ley 12/2001, de 9 de julio —antes RDL 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad—, que vino a poner en tela de juicio la pervivencia de las **cláusulas pactadas en convenio colectivo sobre fijación de edades de jubilación obligatoria**, y la posibilidad de, en el futuro, proceder a negociar dicha materia.

Las demandas origen de las dos **SSTS 9-3-2004 (RC 765/2003 y 2319/2003)** son demandas de despido, interpuestas por sendos trabajadores de AENA, cuyos contratos se extinguieron por aplicación de la correspondiente previsión de jubilación obligatoria al alcanzar los sesenta y cinco años, incluida en el convenio de aplicación.

Con anterioridad a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores en el año 1980, la jubilación se configuraba como un derecho subjetivo del trabajador, no susceptible de disponer por convenio. Panorama que se vio sustancialmente alterado a raíz de la promulgación del ET, cuya versión original incluía en su disposición adicional quinta una previsión que, de conformidad con la interpretación atribuida a la misma por el TC en sus sentencias 22/1981 y 58/1985, admitía la posibilidad de que el convenio fijara edades para la jubilación forzosa, condicionando la misma a los objetivos de política de empleo y a la situación o coyuntura del mercado de trabajo. Por su parte, el Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de julio de 2000 (RC 2438/1999), entendió que en el carácter transaccional del convenio colectivo iban implícitas las consideraciones de política de empleo aludidas.

La solución que la Sala Cuarta otorga al problema, tras la derogación de la citada disposición adicional décima del ET, y una vez sintetizados los divergentes argumentos esgrimidos por las sentencias de las distintas Salas de suplicación, es, en esencia, que al haber desaparecido tanto las razones de política de empleo y reparto de trabajo que justificaban la diferencia de trato que la jubilación a una determinada edad comportaba, como la norma legal habilitante, necesaria al ser el derecho al trabajo un derecho constitucionalmente tutelado, y efectado, por tanto, por la reserva de ley formal del art. 53.1 CE, no es posible ya establecer cláusulas sobre edades de jubilación forzosa en la negociación colectiva. Como argumento de refuerzo se apela a la Directiva 78/2000 del Consejo, de 27 de noviembre, trasladada a nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

De todos modos, la solución es matizada para los casos —como los enjuiciados en las dos sentencias que se comentan— en que la extinción del contrato por jubilación se producía al amparo de una cláusula contenida en un convenio suscrito y vigente con anterioridad a la referida derogación normativa, en el momento, por tanto, en que la negociación colectiva sí contaba con una habilitación legal. Resultado de lo cual es que dichos ceses surten plenos efectos.

A las dos sentencias dictadas por la Sala General a propósito de la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo se formulan, no obstante, sendos votos particulares, discrepantes con los argumentos que llevan a la mayoría a dictar el fallo que se acaba de glosar. Discrepante parecer que lleva a los magistrados que formulan los votos a afirmar que pese a la derogación de la disposición adicional décima del ET, es posible para los convenios colectivos seguir fijando edades de jubilación forzosa, en determinadas condiciones. Y ello a partir de la combinación del principio de sucesión normativa, con el reconocimiento que de la autonomía colectiva como poder normativo originario lleva a cabo el art. 37 CE, de la amplitud de contenidos posibles de la negociación definida en los arts. 82 y 85 ET, y de la falta de una prohibición legal en relación con la regulación de esta materia, así como de la inexistencia de principio alguno que sustraiga a la negociación colectiva de la ordenación de las condiciones de ejercicio de los derechos laborales. El reconocimiento del derecho al trabajo, tanto en su vertiente individual como colectiva, conduce a afirmar la posibilidad de acordar en convenio la jubilación forzosa a una determinada edad, siempre que se sujete a las exigencias justificativas de la diferencia de trato consistentes en la atención de las necesidades del mercado de trabajo y en la garantía de acceso a las prestaciones de jubilación del sistema de Seguridad Social.

La **STS 6-4-2004 (RC 3427/2003)** reitera dicha doctrina, reproduciendo literalmente los argumentos contenidos en las dos sentencias de 9 de marzo precedentes.

Por su parte, la **STS 24-11-2003 (RC 19/2003)**, rechaza en cambio la pretensión de nulidad del art. 140.1.º y 4.º del VI Convenio colectivo de IBERIA, que fija la edad de cese de vuelo de los pilotos en sesenta años.

3.2. Cláusulas sobre creación de comisiones y órganos de participación

La **STS 11-12-2003 (RC 55/2003)** encara un asunto complejo, aun a la vista de la doctrina ordinaria y constitucional existente a este respecto. Se trata de determinar cuándo un sindicato tiene derecho, como parte del contenido de su libertad sindical, a **participar en las comisiones creadas por convenio colectivo, en proporción a su representatividad**. A la dificultad que de suyo conlleva la resolución de estos conflictos se

sumaba, en este caso, la confluencia de un convenio colectivo denunciado, y de un convenio de carácter extraestatutario.

Siguiendo la doctrina contenida en la sentencia de la propia Sala de **1-12-2003 (RC 138/2002)** se afirma que forman parte del contenido normativo del convenio las cláusulas relativas a la creación de órganos de representación unitaria y a la atribución de sus competencias, al tratarse de normas orgánicas que configuran estructuras estables para la gestión de las funciones que se les otorgan en el propio convenio, más aún cuando se reconocen a tales estructuras u órganos de participación competencias normativas, como es el caso (con excepción de la denominada «Comisión de Estudio del Sector»). En consecuencia, dada la representatividad de la recurrente, la Sala reconoce su derecho a formar parte de las aludidas comisiones, que tendrán permanencia aun después de denunciado el convenio estatutario.

En cambio, la solución es la contraria en cuanto a las comisiones contempladas en el convenio extraestatutario, dada la eficacia limitada de este último, y que la organización demandante no era firmante del mismo.

3.3. Reglas de legitimación para negociar en unidades complejas

Las reglas sobre **legitimación para negociar convenios colectivos** que se contienen en los arts. 87 y 88 ET toman en consideración el tipo de unidad de negociación, o, si se prefiere, el ámbito del convenio, según sea éste empresarial o superior a la empresa. Y en virtud de dicho criterio la legitimación para negociar se atribuye a sujetos diferentes. No obstante, las reglas y criterios legales han tenido que ser adaptados para el caso de entes complejos, como es el caso de los **grupos de empresas** o de ciertos organismos y **Administraciones Públicas**, que no se ajustan bien a los parámetros de los que parten los aludidos preceptos. La doctrina sobre estas necesidades de adaptación o modulación se contiene ya en sentencias de la Sala precedentes, como las de 21-12-1999 y 24-4-2001, que optan —en una solución realmente «creativa»— por la combinación de las reglas previstas para unas y otras unidades de negociación.

La **STS 6-5-2004 (RC 25/2003)** aborda un supuesto en el que se intenta trasladar dicha doctrina al caso concreto de la negociación del **convenio de aplicación al personal laboral de la sociedad estatal Correos y Telégrafos**. El conflicto lo suscita la organización sindical

CIG, que pretende le sea reconocida legitimación, como sindicato más representativo autonómico, y en virtud de lo dispuesto en el art. 87.4 y 88.1, segundo ET, es decir, partiendo del entendimiento de que resultan de aplicación en ese caso las reglas de negociación de convenios de ámbito sectorial estatal. La Sala, en cambio, niega tal posibilidad, desestimando con ello el recurso deducido por el sindicato CIG, al considerar que el convenio de referencia es un convenio de empresa y no de ámbito superior.

En cambio, la **STS 18-5-2004 (RC 87/2003)**, utiliza aquella doctrina sobre la aplicación de las reglas sobre legitimación para negociar en ámbitos supraempresariales en el caso de convenios de grupos de empresa, a la negociación del Convenio colectivo del Grupo de Empresas Airbus España, S.L. y EAPS-CASA, S.L.

3.4. Convenios franja

La **STS 17-5-2004 (RC 101/2003)** versa sobre la impugnación del I Convenio Colectivo de Técnicos de Mantenimiento de Aeronaves de la empresa Air Europa (BOE de 30 de septiembre de 2002).

De todas las cuestiones que se suscitan en el procedimiento, el presente comentario se va a limitar las que se consideran de mayor interés, la primera de las cuales es la relativa a si el referido convenio incurre o no en **conurrencia prohibida**, de conformidad con lo regulado en el art. 84 ET. La Sala entiende que el convenio impugnado no resulta concurrente con el II Convenio Colectivo del Transporte Aéreo (BOE de 29 de julio de 1999), pues la vigencia de este último citado, primero en el tiempo, terminó el 31 de diciembre de 2000, al haber sido denunciado el 28 de septiembre anterior. Al no tratarse de un convenio en situación de vigencia plena, sino de ultra-actividad, no rige la prohibición de concurrencia de convenios contemplada en el art. 84 ET (sentencias de 17 de junio de 1994, 23 de octubre de 1995 y 6 de noviembre de 1998).

La Sala recuerda que en algunas sentencias precedentes se ha admitido la protección de la unidad de negociación anterior —la denominada «impermeabilización»—, cuando, expirada la vigencia del convenio y denunciado éste, se ha iniciado la negociación de otro convenio en la misma unidad (sentencia de 29-1-1997). Pero aparte de que, como muestra la antigua doctrina de la Sala de Conflictos del Tribunal Central

de Trabajo, esta conservación de la unidad de negociación tenía la finalidad de proteger las unidades inferiores, para que éstas no quedaran absorbidas por las de ámbito superior (SSTCT de 14-6-1984 y 17-3-1987), esa protección requiere además que la negociación esté activa, y ninguna de las condiciones se cumple en el presente caso: el convenio impugnado es el convenio de ámbito inferior y las negociaciones en la unidad superior no pueden considerarse activas si se tiene en cuenta que, pese a que la denuncia del convenio se formuló en septiembre de 2000, la comisión negociadora no se formó hasta septiembre de 2001 y que, por otra parte, no sólo no consta que se haya llegado a un acuerdo, sino que la propia organización sindical recurrente ha iniciado otra negociación en el ámbito empresarial como se recoge en el hecho probado sexto.

Por otro lado, la Sala niega que se incurra en **discriminación** alguna por el hecho de declarar no aplicable el convenio de referencia a trabajadores que no pertenezcan a la indicada categoría o grupo profesional, aun cuando eventualmente presten sus servicios en el departamento de mantenimiento, pues esa limitación del ámbito del convenio es consecuencia natural de la configuración de la unidad de negociación del convenio «franja» y de la limitación de la legitimación de los sujetos negociadores.

Sin embargo, la Sala sí estima el motivo tercero, referido a la nulidad del precepto convencional en el que se dispone que "cualquier acuerdo adoptado por terceros que afecte, directa o indirectamente, al colectivo de trabajadores incluido en el ámbito funcional y personal del presente convenio, requerirá para su aplicación al mismo de la conformidad de la Comisión Negociadora del presente texto convencional", precepto que sobrepasa lo que es normal en una cláusula de vinculación a la totalidad y que intenta establecer un círculo de inmunidad no sólo en relación con otras regulaciones convencionales, sino incluso con acuerdos de empresa que tengan por objeto reorganizaciones productivas, regulaciones de empleo u otras materias. Una regla como ésta vulnera el principio de eficacia relativa del convenio, pues trata de limitar la negociación de terceros, y las competencias que el Estatuto de los Trabajadores concede a los órganos unitarios de representación de personal y a los órganos de representación sindical en la empresa.

Por fin, y en relación con la creación por la disposición adicional del convenio de referencia de un **tercer colegio electoral para los técnicos de mantenimiento**, la Sala la considera asimismo nula, al tratarse de

una materia que, por su propia naturaleza, sólo puede ser objeto de regulación por un convenio unitario de toda la empresa.

3.5. *Concurrencia de convenios colectivos*

Las Asociaciones Provinciales de Panadería y Pastelería de Alicante y Castellón y la Federación Gremial de Panadería y Pastelería de Valencia interpusieron demanda de impugnación de convenio colectivo por ilegalidad ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en cuyo suplico se pedía que se declarase nulo y sin efecto alguno el convenio colectivo de empresa de «Productos Lorno S.A.», por invadir el espacio ocupado por convenios colectivos del sector de ámbito provincial. Desestimada la demanda, e interpuesto contra la misma recurso de casación, la Sala Cuarta lo resuelve en su sentencia **31-10-2003 (RC 17/2002)**, en la que, por un lado, se reitera la doctrina contenida en la STS de 2-4-98 (rec. 879/97) dictada en unificación de doctrina, sobre la idoneidad de la **modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos** para combatir supuestos de **concurrentia conflictiva** total o parcial, como demuestra que otras muchas sentencias recaídas en tales procedimientos se hayan pronunciado sobre el particular.

Por otra parte, y reiterando también el criterio ya contenido en la STS 5-6-2001 (RC 2160/2000), señala que el efecto derivado de la prohibición de concurrentia no es la nulidad del convenio «invasor», sino la declaración de su inaplicación temporal, esto es, su «ineficacia aplicativa», como declara igualmente la STS 7-7-2002 (RC 4859/2000).

A partir de ahí, y habida cuenta que las demandantes solicitaron la nulidad del convenio, la Sala declara que no constituye incongruencia *extra petita* decidir la inaplicación de dicho convenio, pues «quien pide lo más pide lo menos.»

4. Despido

4.1. *Plazo «largo» de prescripción de las faltas*

Prueba de que algunos de los aspectos que integran el régimen jurídico del **despido disciplinario** sí tienen cabida en el recurso de casación

para la unificación de doctrina es la **STS 15-7-2003 (RC 3217/2002)**, en la que se analiza el relativo a la **prescripción de las faltas** disciplinarias calificadas como muy graves, y más concretamente el que afecta al cómputo del denominado «plazo largo» y a la fijación del «*dies a quo*» de dicho plazo.

Como se sabe, las faltas muy graves que el trabajador haya podido cometer prescriben por el transcurso de sesenta días desde que el empresario tuvo conocimiento de las mismas y, en todo caso, tras haber pasado seis meses desde su comisión (art. 60.2 ET). Tiene por finalidad dicha regla que el empresario actúe con la debida diligencia en la comprobación de los incumplimientos laborales, sin dejar permanente o indefinidamente abierta la posibilidad de imposición de la correspondiente sanción disciplinaria, particularmente el despido del trabajador. Y aunque la doctrina a este respecto es reiterada, la trascendencia del problema y la frecuencia con que estas cuestiones se suscitan en la práctica, sobre todo en ciertos sectores, merecen la cita del pronunciamiento de referencia.

La Sala recuerda que la pauta general del cómputo del plazo largo de prescripción desde la comisión del hecho sancionable tiene excepciones en el caso de las **faltas continuadas** y de las **falta ocultas**, en el primer caso porque hasta que no se consuma la última de las conductas no comienza a computar el aludido plazo de seis meses, y en el segundo porque el cómputo no se inicia hasta que cesa la ocultación o la posibilidad de la misma, momento en que el empresario puede y debe adquirir un cabal y total conocimiento del incumplimiento del trabajador. En el supuesto concreto esto último acontece a partir del día en que el trabajador fue trasladado del puesto que ocupaba cuando incurrió en la conducta calificada como transgresión de la buena fe contractual, y no en el posterior en que la empresa realizó la correspondiente auditoría.

4.2. Despido objetivo

A pesar de ser ésta una materia de difícil acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina, al requerir la calificación de la medida extintiva en la mayor parte de estos casos de un análisis y valoración casuística de las concretas circunstancias concurrentes —caracterización que comparte con la materia referida a la calificación de conductas a efectos de despido disciplinario— la **STS 21-7-2003 (RC 4454/2002)** aborda un supuesto relativo a un despido objetivo. Se trata-

ba de valorar la **amortización de un puesto de trabajo** como consecuencia de la concurrencia de **causas organizativas y productivas**, decidido por la empresa demandada, dedicada a la elaboración de alimentos congelados, a raíz de la modificación del sistema de distribución de sus productos, actividad que pasó a concertarse con una empresa distribuidora. La Sala considera adecuada la medida al fin perseguido y califica el despido como procedente.

4.3. Despido improcedente reconocido en conciliación y consignación de salarios de tramitación

La **STS de 19-6-2003 (RC 3673/2002)** sienta una muy relevante doctrina, por su repercusión práctica, al fijar los criterios para determinar cuándo es excusable el **error en la fijación de la cuantía de la indemnización y salarios de tramitación consignados por el empresario** tras haber reconocido en conciliación previa la improcedencia del despido, de tal manera que pueda mantenerse el efecto interruptivo del devengo de dichos salarios previsto en el art. 56.2 ET.

La Sala afirma que los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro, y habrán de ser ponderados en cada caso. Un indicio de error excusable, que apunta la propia sentencia de contraste, es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar; diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta, cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable, también indicado en la sentencia de contraste, es la coincidencia del cálculo de la empresa de la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia. En fin, la sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1998 señala otra causa de error de consignación insuficiente excusable, que es la dificultad «jurídica» del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una «discrepancia razonable». En tal caso, se encarga de precisar esta última sentencia, el error no invalidará el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero deberá ser corregido mediante el abono de la diferencia que finalmente resulte.

En el caso enjuiciado, la Sala llega a solución favorable al carácter excusable del error, pues la cantidad consignada por la empresa en el trá-

mite del art. 56.2 ET atendió con exactitud al importe del salario pactado, y también al importe de las cantidades a cuenta del «incentivo variable» acordado, a pesar de la constancia del bajo nivel de las ventas obtenidas por el trabajador. A ello hay que añadir que en el momento de la interposición de la demanda no había terminado el ejercicio económico al que correspondía el cálculo definitivo del citado complemento retributivo, por lo que, salvo que se operara con estimaciones, era imposible conocer con precisión el tramo o escalón determinante de la cuantía del incentivo. En fin, la determinación como base del incentivo de las ventas en firme del trabajador y no de la cifra de facturación de la empresa en la provincia de Madrid era una de las opciones interpretativas atendibles, como lo apunta el hecho de que fue la que acogió el Juez de lo Social en la sentencia de instancia.

4.4. Alcance de la responsabilidad del Estado por salarios de tramitación

En la **STS 11-5-2004 (RC 4590/2003)** se interpreta el art. 119 LPL en el sentido de que únicamente se descuentan del cómputo de los sesenta días a partir de los cuales ha de responder el Estado de dichos salarios, los transcurridos desde la suspensión de la tramitación del procedimiento por interposición de **querrela por falsedad documental**, hasta la presentación de la misma, pero no el tiempo que dure la sustanciación de la causa penal.

5. Excedencias

5.1. Solicitud de prórroga en excedencia voluntaria

Se suscita en el proceso del que trae causa la **STS 11-12-2003 (RC 43/2003)** si el trabajador, que se encontraba en situación de **excedencia voluntaria** por dos años, tenía derecho a obtener la prórroga de dicha situación por un año más. La empresa había denegado la solicitud del actor, que éste había formulado un par de meses antes de concluir el inicial período de excedencia. Frente a dicha negativa se presentó demanda, que fue desestimada, tanto en la instancia, como en suplicación, solución confirmada asimismo por la Sala Cuarta del TS, que califica la situación de suspensión del contrato de trabajo durante la excedencia

como una «anormalidad» de la relación laboral, requerida consecuentemente de una interpretación restrictiva. A ello se suma que los términos en que el legislador decidió configurar tal derecho en el art. 46 ET no contemplan la posibilidad de alterar la inicial opción sobre la duración de la excedencia. Y que lo contrario supondría desconocer los intereses organizativos del empresario. La negativa a dicha posibilidad se considera la interpretación más adecuada a la finalidad de la institución y al equilibrio de intereses entre las partes del contrato.

6. Extinción del contrato de trabajo

6.1. Resolución del contrato a instancias del trabajador e indemnización de daños

La **STS 11-3-2004 (RC 3994/2002)** va camino de convertirse en una de las sentencias más polémicas del período, a la vista de las reacciones que está provocando tanto entre los comentaristas y estudiosos del Derecho del trabajo como en el mismo foro. La propia sentencia propicia el debate, a la vista del voto particular que a la misma se formula.

El supuesto litigioso es en realidad bastante simple, y consiste en un trabajador que instó judicialmente la resolución de su contrato de trabajo alegando haber recibido un trato vejatorio por parte del empresario, que le habría provocado una depresión. El demandante solicitó, conjuntamente con la resolución ex art. 50 ET con los efectos indemnizatorios inherentes, como es lógico, una cantidad adicional en concepto de **resarcimiento de los daños**, al amparo de lo dispuesto con carácter general en el art. 1.101 Código Civil.

La Sala proporciona una solución continuista de lo que ha sido la doctrina tradicional sobre el carácter tasado de las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo laboral, que no permite estimación del daño por parte del juzgador; así como de la caracterización de la acción derivada del art. 50 ET como trasunto en el ámbito de la relación de trabajo de la previsión contenida en el art. 1.124 CC, y de la calificación del art. 1.101 CC como regla meramente supletoria de lo dispuesto específicamente en las normas laborales. Todo lo cual conduce a casar la sentencia recurrida, que había concedido ambas indemnizaciones, la derivada del art. 50 ET y la de los daños adicionales.

Y no ve obstáculo para ello en la doctrina, más moderna, contenida en la STS 12-6-2001 (RC 3827/2000) que admitió, en un caso de despido nulo por discriminatorio, la compatibilidad entre el resarcimiento específico derivado de la nulidad mediante la readmisión del trabajador y la indemnización de los daños derivada de la existencia de una **conducta lesiva de derechos fundamentales**. Doctrina que no considera aplicable al supuesto en este caso enjuiciado, pues en aquél la relación se encontraba viva y en el que se somete ahora a su consideración se opera la ruptura de la misma, con el consiguiente efecto indemnizatorio. Tampoco se advierte falta de armonía con lo decidido por la Sala Primera en su sentencia de 10-4-1999 (RC 2934/94), que admite la compatibilidad entre la indemnización por despido con la indemnización complementaria por la depresión ocasionada por la conducta culposa del empleador, cuya doctrina tampoco se considera aplicable al caso, pues en aquel supuesto se había probado la existencia de nexo causal entre la conducta empresarial y la depresión padecida, y la pretensión se había fundado en el art. 1902 CC, y no en la responsabilidad contractual del 1.101 CC, que para la Sala resultaría redundante.

El voto discrepante (formulado por un magistrado de la Sala, al que se adhirieron otros tres) razona en contra del parecer mayoritario sobre la base precisamente de la STS 12-6-2001, que admitió la compatibilidad de la vía resarcitoria por cumplimiento específico de la obligación —readmisión en un despido nulo— con el abono de la **indemnización por los daños adicionales, psíquicos o morales**, causados, no ya por la ruptura injusta del vínculo, sino por la lesión del derecho fundamental —en aquel caso, el derecho a la no discriminación, en éste, la dignidad e integridad moral del trabajador—, que añadiría un plus de censurabilidad a la conducta empresarial, merecedor de un resarcimiento independiente. Lo mismo, insiste la minoría, que ocurriría si la acción de resolución del contrato ex art. 50 ET se hubiera basado en el impago del salario, pues la indemnización por la ruptura del vínculo no hubiere exonerado al empresario del pago del salario adeudado, en su caso, con el interés de demora correspondiente. Por lo demás, del tenor literal del art. 1.124 CC, que ha servido de paradigma a la Sala, se desprende que la indemnización procede tanto cuando se insta el cumplimiento de la obligación, como cuando lo es la resolución contractual.

En suma, la polémica está servida, aun tratándose de una sentencia con indudable apoyo doctrinal. Máxime si se tiene en cuenta el creciente número de demandas en las que se propugna —con mayor o menor

fundamento— la condena al pago de una indemnización derivada del daño moral o padecimiento psicológico sufrido por el trabajador como consecuencia de conductas de acoso, hostigamiento o trato vejatorio o discriminatorio por parte del empleador. Demandas que, además, pueden contar a partir de ahora con el reciente respaldo que les proporciona la trasposición al derecho interno español de 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*, y de 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, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual*, por obra de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social.

7. Extranjeros

7.1. Consecuencias de la falta de autorización

La calificación del contrato concertado con un trabajador **extranjero sin permiso**, y los efectos de la prestación de trabajo en tales circunstancias, no han sido precisamente cuestiones a las que se haya venido dando una respuesta clara, firme y unívoca.

El art. 33.3 de la LO 4/2000 —que era la versión de la Ley de Extranjería vigente y de aplicación al caso litigioso— dispone en su párrafo segundo que «la carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero». La **STS 29-9-2003 (RC 3003/2002)** lleva a cabo una interpretación de la literalidad del precepto transcrito en el sentido de calificar como despido la extinción del contrato de una trabajadora de nacionalidad argentina, cuyos permisos de trabajo y residencia, así como la autorización empresarial, se encontraban en curso en el momento del cese. La trabajadora inició su prestación de servicios el 24 de agosto de 2000, el 11 de enero de 2001 formuló la pertinente solicitud y el 30 de julio siguiente la empresa le comunicó verbalmente que no volviera a trabajar. Como dato añadido consta en el relato fáctico que el motivo real

del despido era que la actora había planteado al empresario la imposibilidad de realizar sobreesfuerzos al encontrarse embarazada.

La Sala recuerda lo decidido en su **STS 9-6-2003 (RC 4217/2002)**, a propósito de la responsabilidad empresarial derivada de un accidente de trabajo sufrido por un trabajador ecuatoriano que carecía de permiso de trabajo. Y añade que la conclusión a la que llega se reafirma de modo más patente en el texto de la LO 8/2000, de reforma de la LO 4/2000. Téngase en cuenta, no obstante, que la LO 14/2003, de 20 de noviembre, ha introducido una nueva redacción en el precepto de referencia.

8. Huelga

8.1. Huelga intermitente y lesión del derecho de libertad sindical

La vulneración del derecho de huelga se aprecia en la **STS 23-12-2003 (RC 46/2003)** respecto de una conducta empresarial consistente en la emisión de un comunicado por parte de RENFE, que fue exhibido en el tablón de anuncios, en el que se calificaba la huelga convocada por una organización sindical como ilegal por abusiva, y se conminaba a los trabajadores que participasen en la misma con la imposición de sanciones disciplinarias.

El Sindicato Federal Ferroviario de la CGT había convocado **huelga intermitente** para determinados días y horas de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2002, coincidiendo con jornadas festivas del período de Semana Santa, con el puente del primero de mayo y con las horas de mayor utilización del transporte ferroviario. La huelga tuvo, no obstante, escaso seguimiento, entre otras razones, por el nivel de los servicios mínimos fijados, al tratarse de un servicio esencial. Interpuesta demanda de tutela de los derechos fundamentales, la sentencia de la Audiencia Nacional estimó la misma, condenando a la empresa al cese de la conducta y a la reparación del daño moral causado mediante una indemnización de cinco mil euros. Recurrida dicha sentencia en casación ordinaria por la empresa demandada, la Sala resuelve en el sentido apuntado, calificando la conducta como «intolerable intimidación y coacción». Parte la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de la configuración de la huelga intermitente en nuestro sistema como un acto que se presume lícito, al no estar expresamente tipificado como modalidad abusiva de ejercicio del derecho fundamental en el art. 7.2 DLRT 17/1977,

y para cuya calificación como tal, por consiguiente, es precisa la prueba de la desproporción del daño causado. En todo caso, tales circunstancias habrían de haberse puesto de manifiesto en el correspondiente proceso judicial instado por la demandada, no siendo posible que la empresa, de forma unilateral y discrecional, proceda a verificar tal imputación de ilegalidad.

Por lo que a la condena indemnizatoria atañe, la Sala sigue el criterio jurisprudencial conforme al cual, salvo error evidente o desproporción manifiesta, por faltar los más mínimos apoyos fácticos y probatorios para fijar el daño y el importe de la compensación pecuniaria, se trata de una materia respeto de la que el soberano criterio del juzgador «*a quo*» no es susceptible de revisar mediante recurso extraordinario.

8.2. Descuentos por huelga

Como la propia Sala Cuarta se ocupa de señalar, uno de los efectos paradigmáticos de la huelga es el descuento salarial consiguiente. Pero, como también la doctrina ha venido destacando, la forma y alcance de dichos descuentos no pueden convertirse en un desincentivo del ejercicio del derecho fundamental, lo que acontece si el efecto suspensivo del contrato que de suyo comporta el cese del trabajo por participación en la huelga se lleva más allá de lo que permitiría el principio de **sinlagmatividad del contrato de trabajo**.

Aunque se trate de un conflicto que podría denominarse «clásico», por la trascendencia y el casuismo de estas cuestiones merecen ser destacadas las **SSTS 19-4-2004 (RC 36/2003)** y **26-4-2004 (RC 96/2003)**. En ambas se abordan, en sendos procedimientos de conflicto colectivo promovidos por determinadas organizaciones sindicales, las consecuencias económicas de la participación de los trabajadores de las respectivas empresas demandadas en la huelga del 20 J (huelga general de 20 de junio de 2002).

En la primera de las sentencias citadas se estima el recurso y se declara el derecho de los trabajadores de la empresa DIA, S.A. a que la participación en dicha huelga no repercuta en el **plus de asistencia** ni se tenga en cuenta para fijar el coeficiente reductor de los **incentivos**, conceptos ambos que se vinculan al objetivo de reducir el absentismo. La

Sala tiene en cuenta que en el convenio de aplicación en la empresa no se preveía expresamente la repercusión de los días de huelga a ninguno de dichos efectos, por lo que no puede hacerse una interpretación extensiva del efecto de minoración salarial. Por su parte, en la segunda de las sentencias comentadas, y con apoyo en los mismos razonamientos contenidos en la anterior, se declara que los días de ausencia por huelga no computarán a efectos de la percepción de la prima de asistencia regulada en el convenio de aplicación en la empresa SUPERMERCADOS SABECO, S.A.

9. Libertad sindical

9.1. Promoción de procesos electorales en empresas de entre seis y diez trabajadores

Una de las manifestaciones de los conflictos con gran repercusión social a los que se aludía en la introducción de esta crónica se contiene en la **STS 10-3-2004 (RC 2/2003)**. Esta sentencia de la Sala General se dicta en un procedimiento de conflicto colectivo promovido por una organización sindical, en el que había de dirimirse la **legitimación sindical para convocar elecciones** a delegados de personal en empresas o centros de trabajo de entre seis y diez trabajadores. Más en concreto, se cuestionaba por el sindicato actuante, un sindicato independiente, la posibilidad de los sindicatos más representativos de proceder a la promoción del proceso electoral, así como la validez de los procesos y de sus correspondientes resultados que hubieren sido promovidos mediante preaviso verificado por aquellas organizaciones sindicales, sin previo acuerdo mayoritario adoptado por la asamblea de trabajadores.

La Sala proporciona al problema, —de gran trascendencia práctica, pues en la Comunidad Autónoma de Valencia de donde proviene el conflicto se habían impugnado numerosos procesos celebrados a iniciativa de los sindicatos más representativos—, una solución favorable a la cuestionada legitimación sindical para la convocatoria de procesos electorales en las referidas unidades productivas, solución que se alcanza mediante una interpretación integradora de las previsiones contenidas en los arts. 62.1 y 67.1 ET. En dichos preceptos se contemplan, respectivamente, la necesidad de que en tales empresas —a veces denominadas

«microempresas»— la decisión de celebrar elecciones se tome por acuerdo mayoritario de la propia plantilla, en asamblea convocada al efecto, y la facultad de los sindicatos más representativos de promover con carácter general los procesos electorales. Pero una cosa es, razona la Sala, la promoción, la puesta en marcha del proceso, y otra distinta su celebración y la consiguiente elección del delegado de personal. Es, en fin, compatible, la **promoción o convocatoria sindical** con la **decisión asamblearia** de celebrar efectivamente elecciones; y el ejercicio de aquel derecho en absoluto menoscaba la facultad atribuida o reconocida legalmente a los propios trabajadores afectados.

Es importante advertir que esta solución sintoniza a la perfección con la respuesta que ha dado a este mismo problema el TC en dos recientes sentencias, la 64 y la 66/2004, de 19 de abril (BOE 18 de mayo), que otorgan el amparo demandado por UGT al considerar vulneración de la libertad sindical la negativa a promover elecciones en centros o empresas de pequeñas dimensiones, en los que la plantilla oscila entre seis y diez trabajadores. Las referidas sentencias, coincidentes prácticamente en el tiempo con la dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en el procedimiento de conflicto colectivo al que se acaba de hacer alusión, provienen de sendos procesos en materia electoral, que agotaron la vía judicial ordinaria ante los Juzgados de lo Social de Valencia.

La propia Sala Cuarta, por fin, en el fundamento jurídico sexto de la sentencia que se comenta, se ocupa de aclarar que la cuestión resuelta es diferente de la que se enjuicia y dirime en las dos sentencias anteriores de 31-1-2001 y 19-3-2001, que versan sobre la posibilidad de agrupar las plantillas de diversos centros de trabajo de menos de seis trabajadores para conformar la unidad electoral para la elección de delegados de personal en el ámbito provincial, a la que se dio solución desestimatoria.

9.2. Contenido de la libertad sindical y derecho de reunión

La **STS 20-1-2004 (RCUD 44/2003)** desestima el recurso de casación ordinaria formulado por el Gobierno de Canarias contra la sentencia dictada en la instancia en un procedimiento de tutela de los derechos de libertad sindical, estimatoria de la existencia de una lesión del referido derecho, consistente en haberse anulado la **autorización administrativa para la celebración de una reunión sindical**,

convocada por el sindicato accionante, el mismo día en que la misma iba a celebrarse.

El **derecho de reunión** en el caso del **personal del sector público** se contempla, además de en el art. 8.1 b) LOLS, en los arts.41 y ss. de la Ley 97/1987, de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LOR), en los que se establecen una serie de condiciones de forma, fondo y procedimiento para la convocatoria y celebración de asambleas de personal. En concreto, y por lo que ahora interesa, el art. 43.2 LOR establece que si antes de las veinticuatro horas previas a la celebración no se formula objeción por parte de la Autoridad administrativa competente, mediante resolución motivada, la reunión podrá celebrarse sin otro requisito adicional.

En el caso concreto, habiéndose concedido la correspondiente autorización para la celebración de la reunión por parte de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente, el mismo día en que la asamblea iba a tener lugar, el administrador del edificio de servicios múltiples dependiente de la Administración empleadora denegó dicha posibilidad. No se considera óbice a la existencia de autorización el hecho de que el órgano interviniente no fuese el estrictamente competente, que lo era, conforme a las normas autonómicas de aplicación, la Dirección General de la Función Pública, habida cuenta que la Ley 30/1992 reserva la nulidad de pleno derecho para los actos administrativos dictados por órgano manifiestamente incompetente, lo que aquí no acontece. Por lo demás, tampoco se respetó el plazo de veinticuatro horas anterior a la celebración de la asamblea, para la anulación de la autorización. Todo lo cual lleva a la conclusión de calificar como lesivo el acto impeditivo de la actividad sindical y, por consiguiente, correcta la solución otorgada en la instancia.

La Sala, al hilo de la resolución del recurso, hace una consideración de gran interés en relación con la declaración de nulidad de la sentencia recurrida por quebrantamiento de las formas esenciales, referida en este caso a la insuficiencia de la motivación sobre los elementos fácticos de la sentencia recaída en la instancia. Razona la Sala que cuando se trata de hechos simples, sobre los que haya conformidad, las carencias de la sentencia de instancia sobre la motivación de los elementos fácticos consignados en el relato histórico podrán constituir irregularidades, pero no prestarán sustento a aquella pretensión anulatoria.

10. Personal laboral de la administración pública

10.1. Diferencias de trato entre trabajadores fijos y temporales

En las SSTS 2-6-2003 (RC 3738/02), 30-9-2003 (RC 2866/2002) y 31-3-2004 (RC 2817/2003) se declara ya el derecho del **personal eventual de Correos y Telégrafos** a percibir en condiciones de igualdad con el personal laboral de carácter fijo la referida **paga de beneficios o resultados** correspondiente a los años 1999 y 2000, paga que se contempla en el Acuerdo Marco de 1998, sobre la mejora de condiciones profesionales del personal de la entidad pública empresarial demandada, y que, a estos efectos, mantiene su vigencia a pesar de la aprobación posterior del Convenio colectivo del personal laboral de la referida entidad. Se considera que la diferencia de trato no tiene en este punto una justificación objetiva y que la exclusión del personal eventual de la misma resulta, por tanto, contrario al principio de no discriminación.

Por su parte, la STS 23-1-2004 (RC 1986/2003) alude al denominado **incentivo de área y actividad**, que considera injustificado se atribuya sólo a funcionarios en detrimento del personal laboral, cuando en la correspondiente regulación se habla de «empleados». Y la de 28-5-2004 (RC 3030/2003) se pronuncia en análogo sentido en relación con el **plus convenio**.

11. Profesores de religión en centros de enseñanza

11.1. Inaplicación del convenio colectivo para el personal laboral de la Administración

Como se recordará, los **profesores de religión y moral católica** de centros educativos públicos vienen requiriendo en los últimos años de soluciones específicas a los peculiares problemas que ocasiona su singular relación de servicios con las Administraciones educativas.

A las ya conocidas, otorgadas a los problemas precedentes sobre la naturaleza temporal de su relación o sobre el alcance y efectos temporales de la equiparación retributiva con los profesores interinos del mismo nivel educativo, se ha sumado en este período la que se contiene en las SSTS 9-10-2003 y 28-10-2003 (RC 103/2002 y 113/2002), y en la posterior de 7-5-2004 (RC 123/2003).

En las dos primeras se desestima la pretensión referida a la declaración de nulidad del art. 2.3 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid, en cuanto que el mismo excluye de su ámbito de aplicación al profesorado de religión que imparte clases en los centros de enseñanza dependientes de la Comunidad. La Sala se apoya para llegar a dicha solución en el carácter singular y esencialmente temporal de la relación mantenida por los profesores con la Administración educativa empleadora, singularidad que justifica objetiva y razonablemente la exclusión del ámbito de aplicación del convenio colectivo.

La tercera de las aludidas sentencias despeja en sentido negativo la duda sobre la aplicación a este colectivo del **Convenio colectivo para el personal laboral al servicio de la Generalidad Valenciana**. La razón no es otra que la ya apuntada sobre la singularidad de su relación laboral, que se encuentra amparada por normas específicas con suficiente rango normativo.

12. Relación laboral

12.1. Relación laboral especial de alta dirección

En dos recientes sentencias de la Sala, las **SSTS 21-1-2004 y 5-4-2004 (RC 1707 y 2468/2003)**, se analiza una materia de gran interés y de cierta dificultad, no sólo en la relación especial de alta dirección, sino también en la del trabajador común. Se trata del alcance y efectos del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, el denominado **pacto de abstención postcontractual**, limitador, al igual que los de exclusividad y permanencia en la empresa, de las libertades profesionales reconocidas en la Constitución. Ello prueba, dicho sea de paso, que algunas trascendentes cuestiones dentro del campo de las relaciones laborales se solventan a propósito de conflictos o litigios que involucran a trabajadores directivos.

En las sentencias a que se hace mención se decide sobre la validez de una cláusula que permitía a la empresa desistir unilateralmente del cumplimiento de un pacto de no concurrencia postcontractual, establecido en el contrato de trabajo de un **alto directivo**, con la consiguiente liberación del compromiso empresarial de abono de la compensación pactada, en proporción al período de renuncia. En el momento de comu-

nicar la empresa al directivo el desistimiento del contrato, se ponía en su conocimiento la renuncia al pacto de no competencia futura, por lo que no recibiría compensación alguna. Transcurridos seis meses desde el cese, el trabajador reclamó a la empresa el abono de más de veintisiete millones de pesetas, a que ascendía la indemnización pactada. La Sala remite a su anterior sentencia de **2-7-2003 (RC 3805/2002)**, en la que se razonaba que, conforme a lo dispuesto en el art. 1.256 CC, la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, previsión que contraviene lo pactado en este caso sobre posible renuncia unilateral, que deviene nula.

Otro de los ámbitos donde el régimen jurídico de la relación especial de alta dirección reviste más peculiaridades es el disciplinario, sobre el cual versa la **STS 22-10-2003 (RC 470/2003)**, que, como cabía esperar, descarta la aplicación del plazo de prescripción de las faltas previsto con carácter general en el art. 60.2 ET, en favor del específico señalado en el art. 13 RD 1382/1985.

Mucha más trascendencia vienen teniendo las **cláusulas indemnizatorias pactadas por el personal directivo**, los conocidos «blindajes». La interpretación estricta de los términos del pacto indemnizatorio se lleva al extremo de respetar la validez del blindaje y condenar al abono de la cantidad estipulada, incluso cuando el contrato en el que se inserta dicha cláusula, calificado por las partes en un primer momento como contrato especial de alta dirección, merece luego la consideración por parte del juzgador de ser un contrato de trabajo ordinario o común. Y siempre que no haya concurrido vicio en el consentimiento, que determine la nulidad de la cláusula por obedecer a un error. Tal es el caso resuelto en la **STS 25-9-2003 (RC 348/2003)**.

Ello no ha de entrar en contradicción con la solución contenida en la **STS 21-5-2004 (RC 2707/2003)**, que extiende el pacto indemnizatorio inserto en el contrato para el caso de despido disciplinario improcedente al supuesto de resolución contractual ex art. 50 ET. Fijada en la instancia la indemnización correspondiente conforme al módulo legal, la Sala de suplicación estimó el recurso del trabajador y fijó el importe en veinte millones de pesetas, que era el pactado. La sentencia de la Sala Cuarta del TS recuerda que en este punto la doctrina jurisprudencial ha sido un tanto fluctuante. Pero a continuación afirma que la que actualmente se sigue es la que entiende que cuando en un blindaje se alude a la «improcedencia» del despido, ello no puede referirse únicamente al

despido disciplinario, extendiéndose a cualquier supuesto de extinción o rescisión de la relación laboral que se efectúe sin contar con la voluntad del empleado y que no haya sido causada por incumplimiento grave de éste. Dicha interpretación es asimismo conforme a la interpretación de los contratos de acuerdo con lo que de sus propias cláusulas se desprende. Ello conduce a la desestimación del recurso y a la consiguiente confirmación de la sentencia dictada en suplicación.

Y, en fin, aunque la sentencia verse en realidad sobre un procedimiento de Seguridad Social, merece ser citada en este bloque la **STS 17-7-2003 (RC 4118/2002)**, que sale al paso de un atisbo de cambio doctrinal en relación con la denominada tesis de la «**naturaleza del vínculo**» y la **incompatibilidad entre el vínculo mercantil del administrador societario ejecutivo con una relación laboral especial de alta dirección**.

13. Representantes de los trabajadores

13.1. Representación de trabajadores en ETTs

La **prestación del trabajo a través de ETTs** es sin la menor duda una de las modalidades de prestación de servicios y de organización empresarial que más enigmas y paradojas introduce en la tradicional estructura y en el normal o habitual desenvolvimiento de las relaciones laborales.

Uno de los ámbitos en que ello es más evidente es el de la **representación de los trabajadores cedidos** a las empresas usuarias, cuestión a la que se alude en el art. 17 de la Ley 14/1994, reguladora de las Empresas de Trabajo Temporal, que atribuye la representación de los trabajadores en misión a los representantes existentes en la empresa usuaria, pero ceñido al tiempo que dure la cesión y referido a las reclamaciones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral y prestación de sus servicios por parte de los trabajadores de la ETT.

A la vista de estos presupuestos, la **STS 27-4-2004 (RC 2133/2003)** desestima la pretensión deducida por el comité de empresa de la empresa Nestlé, al que niega legitimación para promover demanda de conflicto colectivo frente a dicha empresa, en reclamación de la equiparación salarial de los trabajadores cedidos por ETTs, en relación con el incenti-

vo para reducir el absentismo previsto en el convenio de aplicación de la empresa usuaria, para cuyo cálculo tampoco tenía en cuenta dicha empresa las horas realizadas por los trabajadores en misión. Considera la Sala que no se trata de una condición que afecte al ámbito de la prestación de servicios en la empresa usuaria, habida cuenta que la responsabilidad por el pago de salarios de los trabajadores cedidos la tiene la propia ETT. Queda pues, esta materia, fuera de las aludidas por el art. 17 LETT.

14. Salario

14.1. Sistema de retribución de domingos y festivos

Una de las cuestiones más complejas y delicadas que se suscitan en el Derecho del trabajo es la relación entre sus fuentes. Y dentro de esta materia, la que atañe a las **relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual**, que se pone de manifiesto a la hora de establecer las reglas de articulación entre el convenio colectivo y el contrato de trabajo.

En la **STS 27-1-2004 (RC 65/2002)** es ese precisamente el problema que se aborda, a propósito del proceso de impugnación del **Convenio colectivo de Grandes Almacenes**, por el que se instrumentaba la pretensión de anulación de varios de sus preceptos. El objeto del proceso consistía, en síntesis, en determinar las consecuencias y establecer el correcto tratamiento derivado de la existencia de un régimen de **trabajo en domingos y festivos**, acompañado de un sistema retributivo específico, al que sucedió —a raíz de la liberalización de horarios comerciales— una práctica empresarial consistente en concertar contratos en que la condición básica era la prestación de trabajo en domingos y festivos, a los que no se aplicaba aquél sistema retributivo, y en el establecimiento de un mecanismo de transitoriedad para el paso de uno a otro régimen de trabajo.

Como se decía el asunto reviste cierta complejidad difícil de reducir en unas pocas líneas, no sólo por la propia regulación convencional, sino porque las pretensiones anulatorias eran varias. Ello aconseja una lectura más detenida de la sentencia que se comenta. Pero, en síntesis, lo que la Sala Cuarta viene a decir es que el convenio no puede alterar las condiciones de trabajo disfrutadas a título individual por ciertos trabajadores, consistentes en no prestar trabajo en domingos y festivos, salvo de

manera voluntaria, pues ello constituye una condición más beneficiosa incorporada a sus contratos, no susceptible de disposición por la negociación colectiva.

Frente a la postura mayoritaria incorporada en la referida sentencia existe, no obstante, una discrepancia por parte de algunos magistrados de la Sala, que se vierte en el correspondiente voto particular, en el que se entiende que no existe tal condición beneficiosa a título individual/plural, pues es el propio convenio el que regula por primera vez la situación del colectivo de trabajadores afectado, y porque además se trata de una típica condición de alcance o naturaleza colectiva, perteneciente, por tanto, al ámbito de la negociación colectiva y del contenido propio del convenio. También se aprovecha la formulación del voto para recordar que la doctrina constitucional relativa a las relaciones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual —con cita de la STC 208/1993— impone una interpretación restrictiva de la limitación a la primera que puede llegar a suponer el reconocimiento de la segunda. No en vano el convenio colectivo y la autonomía de la que el mismo deriva son, en nuestro sistema constitucional de relaciones laborales y en el mismo sistema de fuentes laborales, derecho preeminente y fuente principal en relación con el contrato. Y, por tanto, los derechos individuales que quedan fuera del campo de acción propio de la autonomía colectiva son los menos, los que se refieren a aspectos esencialmente individuales del trabajador, a su particular situación personal o sus singulares condiciones o méritos.

14.2. Compensación y absorción

El mecanismo del que trata la **STS 26-3-2004 (RC 135/2003)** presenta una dificultad teórica y práctica sólo comparable con la trascendencia de sus consecuencias. Tanto es así que la propia Sala reconoce que no se trata de una materia que cuente con soluciones dogmáticas y jurisprudenciales seguras y claras, por lo que ante cada nuevo caso la labor de decisión resulta igual de complicada.

En ese concreto caso se desestima el recurso de casación ordinaria interpuesto por la empresa frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda de conflicto colectivo promovida por una organización sindical con el fin de que se declarase no ajustada a derecho la práctica empresarial consistente en proceder a la **absorción de los incrementos retributi-**

vos por antigüedad, minorando en la misma cuantía un complemento de plena dedicación, disponibilidad y prolongación de jornada previsto en los contratos individuales de trabajo. La razón es bien simple en realidad, y parte de una aplicación estricta de la tradicional exigencia de **homogeneidad entre los conceptos retributivos** afectados, lo que aquí no sucede, pues la causa de ambos conceptos retributivos es claramente distinta.

15. Subrogación empresarial

15.1. Responsabilidad empresarial solidaria y trabajadores no cedidos

En las **SSTS de 15-7-2003 (RC 3442/2001 y 1973/2002)** resuelve la Sala Cuarta la duda sobre si el art. 44.1 ET, en su inciso final —y en su redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 12/2001—, permite una interpretación en el sentido de que la **transmisión de empresas** supone la extensión de **responsabilidad solidaria** a las entidades saliente y entrante, respecto de las **deudas laborales preexistentes a la transmisión** frente a un trabajador no cedido.

El supuesto litigioso es el siguiente: una empresa concesionaria de un aparcamiento de coches dependiente del Ayuntamiento de Murcia despide a un trabajador, con el que llega a un acuerdo en conciliación reconociendo la improcedencia del despido y ofreciendo la correspondiente indemnización. Instada la ejecución por el trabajador, y como consecuencia de la existencia de otras deudas de la concesionaria, la concesión administrativa fue sacada a subasta, adjudicándose a una nueva empresa, frente a la que aquél decide ampliar la ejecución.

La interpretación del art. 44 ET como precepto que garantiza la estabilidad en el empleo y la efectividad de los derechos de los trabajadores subrogados viene avalada no sólo por un sinnúmero de precedentes doctrinales y jurisprudenciales, sino por la normativa comunitaria sobre el particular. Pero para la Sala, al decir de esta sentencia, el tenor literal del precepto de referencia no excluye la posibilidad de imputar responsabilidades a ambas empresas también por las deudas frente a trabajadores no cedidos. Entre otros argumentos que apoyan esta solución la Sala lleva a cabo una afirmación de mayor trascendencia al decir que «el art. 44 ET no constituye trasposición de ninguna directiva y permite al intérprete liberarse de la obligación de interpretar el derecho nacional de conformidad con el derecho europeo»; bien es verdad que a continuación añade que, en cualquier

caso, las Directivas Comunitarias de referencia no impiden a los Estados adoptar disposiciones más favorables, como sería el caso.

Concluye el TS haciendo consideraciones en torno a la mejora técnica operada en el precepto por la Ley 12/2001, que separa y trata de manera independiente el principio de subrogación, de la exigencia de responsabilidad solidaria y del deber de notificación. Con lo que despeja las dudas interpretativas a favor de la tesis que en la sentencia se mantiene —con base en criterios de interpretación literal, histórico, sistemático y finalista—, de la extensión de responsabilidades a ambas empresas, también respecto de las deudas pendientes frente a trabajadores no cedidos, cuya relación se hubiere extinguido con anterioridad a la transmisión.

15.2. Plazo de prescripción para interponer la acción de nulidad de la subrogación

El **traspaso de personal** de IBERIA LAE, S.A. a la segunda adjudicataria del servicio de asistencia en tierra a pasajeros y aeronaves, INEUROPA HANDLIG UTE, ha seguido dejando algún rastro jurisdiccional. La **STS 14-5-2004 (RC 2436/2003)** resuelve ahora el de la determinación del plazo de **prescripción de la acción de nulidad** de la subrogación operada entre ambas empresas. La Sala, aunque no se suscite directamente en el recurso, parte de que no se está ante un acto nulo de pleno derecho, sino meramente anulable, sujeto, por tanto, a prescripción, cuyo plazo no puede ser otro que el previsto de manera específica en el art. 59.1 ET, desde el momento en que la acción ejercitada se deriva incuestionablemente de un contrato de trabajo y agota sus efectos en el ámbito laboral. Por ello, si en el caso concreto los trabajadores fueron traspasados a la segunda adjudicataria en abril de 1998 y presentaron la papeleta de conciliación en febrero de 2002, la acción estaba con claridad prescrita, incluso aunque se pretendiese otorgar efectos interruptivos del plazo prescriptivo a la STS de 29-2-2000, dictada en proceso de conflicto colectivo.

16. Traslados

16.1. Delimitación de traslados y desplazamientos

En la **STS 19-4-2004 (RC 1968/2003)** se desestima la pretensión deducida por los trabajadores en su demanda, tendente al reconocimiento

de una compensación por el mayor tiempo invertido en los **desplazamientos** de su lugar de residencia al del nuevo centro de trabajo. La Sala afirma que cuando el traslado no exija cambio de residencia, la norma legal no establece otras compensaciones que las pactadas entre las partes o impuestas en convenio colectivo, a salvo de, en su caso, la posibilidad de extinguir el contrato con la indemnización legalmente establecida. No queda precepto alguno que imponga al empresario la obligación de satisfacer el mayor tiempo invertido en el desplazamiento como hora de trabajo. Por otro lado, el art. 1.101 del Código civil, en que la Sala de suplicación apoyó la estimación del recurso deducido por los actores, ordena indemnizar daños y perjuicios a los que «*en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas*». Y en los supuestos de cambio de centro de trabajo ajustado a los mandatos del art. 40 ET, ninguna de esas circunstancias concurre, estando la actuación empresarial amparada por la ley.

En relación con los también denominados «traslados menores», pero esta vez referida a la aplicación del Convenio del sector de Banca Privada, se pronuncia la **STS 27-10-2003 (RC 4614/2002)**.

II. SEGURIDAD SOCIAL

1. Accidente de trabajo

1.1. Responsabilidades en el pago de las prestaciones. Trabajador extranjero (ecuatoriano) sin permiso de trabajo ni residencia

Se cuestiona en unificación de doctrina si el INSS debe responder de las prestaciones en materia de accidente de trabajo que en la sentencia recurrida se han reconocido al trabajador, extranjero (ecuatoriano) sin permiso de trabajo y residencia, como consecuencia del accidente de trabajo que sufrió mientras prestaba servicios para la empresa. La **sentencia de 9 de junio de 2003 (RC n.º 4217/02)** poniendo de manifiesto la doctrina sobre responsabilidad en esta contingencia, cuando el empresario incumple sus obligaciones en materia de seguridad social, señala que la falta de la correspondiente autorización no invalida el contrato de trabajo, según la Ley 4/00, aplicable al momento del hecho causante, y por tanto no puede quedar desprotegido en el ámbito de la Seguridad Social. Por otra parte, la normativa internacional ampara esta conclusión ya que

se reconoce la reciprocidad en todo caso, respecto de las contingencias de accidente de trabajo y, además, España y Ecuador tienen suscrito un Convenio Adicional, según el cual los trabajadores ecuatorianos en España tendrán iguales condiciones que los nacionales, por lo que a aquéllos les alcanza el principio de automaticidad en las prestaciones que rige en nuestro sistema. La **sentencia de 7 de octubre de 2003 (RC n.º 2153/02)** aplica la misma doctrina para trabajador colombiano.

1.2. Recargo por falta de medidas de seguridad. Existencia de nexo causal. Inaplicación del principio de presunción de inocencia

Relacionado con los accidentes de trabajo se suscita en unificación de doctrina si procede imponer el recargo por falta de medidas de seguridad que ha sido negado por la sentencia recurrida con base en no quedar acreditada la relación de causalidad entre la infracción y los hechos que ocasionaron la muerte de los trabajadores, no constando la causa del accidente. La **sentencia de 30 de junio de 2003 (RC n.º 2403/02)** casa dicho pronunciamiento porque considera que por el empresario se asignó unas tareas a los trabajadores cuando éstos carecían de la cualificación profesional necesaria para llevarlas a cabo; además, los medios utilizados no eran los adecuados para realizar el trabajo, sin que en el lugar se encontrara ningún técnico que dirigiera el trabajo. Todo ello contribuye a estimar razonable que se generó una situación de riesgo y que la explosión tuvo lugar por esas deficiencias, sin que existan elementos que permitan valorar un posible caso fortuito. El **principio de presunción de inocencia** que parece aplicar la sentencia recurrida, al declarar que no queda aclarada la forma en que se produjo el siniestro, debe ser rechazada porque dicho principio no tiene cabida en el ámbito de incumplimiento del deber de seguridad que debe asumir el empleador.

1.3. La entidad gestora no tiene que presentar certificación de comienzo del pago de la prestación para recurrir en suplicación. El INSS no tiene responsabilidad subsidiaria en el pago del recargo

También en relación con los recargos por falta de medidas de seguridad, la sentencia de 22 de abril de 2004 (RC 4555/02) resuelve dos aspectos en relación con el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo cuando no se han observado las medidas de

seguridad y salud en el trabajo (art. 123.1 LGSS). El primero, de índole procesal, relativo a la necesidad de que la entidad gestora presente certificación de comienzo del pago de la prestación como requisito para la admisión del recurso de suplicación (art. 192.4 LPL), que se rechaza pues dicho recargo no tiene la naturaleza propia de una prestación de Seguridad Social, sino que es un incremento que no se encuentra incluido en la acción protectora. Y el segundo, en relación con la pretendida responsabilidad subsidiaria del INSS en el pago del repetido recargo, para reiterar la doctrina de la Sala en el sentido de que dicha responsabilidad recae exclusivamente sobre el empresario infractor (art. 123.2 LGSS). Por su parte, la sentencia de 17 de mayo de 2004 (RC 3259/03), indica que el procedimiento en el que se postula la falta de medidas de seguridad y la imposición de recargo de prestaciones no tiene carácter sancionador, por lo que no cabe acordar su suspensión por la tramitación de un proceso penal que verse sobre los mismos hechos. En este sentido, la sentencia señala que la OM de 18 de enero de 1996 que establece lo contrario, lo hace sin apoyo legal alguno.

1.4. Enfermedades surgidas en el trabajo, antes del inicio de la jornada laboral: no constituye accidente de trabajo

Otro tema de interés que aborda la Sala IV es el de las enfermedades surgidas en el lugar de trabajo pero fuera de la jornada laboral respecto de las que se declara que no gozan de la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS. Como afirma la **sentencia de 6 de octubre de 2003 (RC n.º 3911/02)** el tiempo de trabajo se computa desde del comienzo y hasta el final de la jornada diaria del trabajador, mientras se encuentra en su lugar de trabajo, por lo que si la enfermedad se manifiesta fuera del tiempo de trabajo no puede aplicarse el precepto antes citado.

1.5. Presunción de laboralidad. No puede apreciarse automáticamente en suplicación en contra del criterio del Juez de lo Social

Por último, sobre la presunción de laboralidad del artículo 115.3 LGSS la sentencia de 16 de abril de 2004 (Rec. 1675/03) entiende que la modificación del criterio del Juez de lo Social de entender destruida la presunción de laboralidad prevista en el art. 115.3 LGSS sólo puede

modificarse por la Sala de suplicación mediante la revisión de los hechos probados (hecho presunto) del art. 191.b) LPL.

2. Asistencia sanitaria

2.1. *Reintegro de gastos médicos. El concepto de urgencia vital incluye riesgo de pérdida de órganos importantes*

Examina la Sala IV, para delimitar el concepto de **urgencia vital**, un supuesto de demandante que reclama el reintegro de los gastos de asistencia sanitaria ocasionados en centro privado, al que remite la Inspección Médica, consecuencia de un tratamiento que debía realizarse con un producto no admitido en ese momento, ya que lo fueron posteriormente, por la Agencia Europea del Medicamento. La sentencia recurrida desestimó la demanda y la Sala 4.^a en **sentencia 20 octubre 2003 (RC 3043/02)** estima el recurso porque queda acreditado el carácter urgente de la asistencia sanitaria y vital, entendiendo por tal **todo riesgo de pérdida de algún órgano cuya funcionalidad es importante**, sin quedar restringido el concepto a riesgo para la vida. Así sucede en el caso de la demandante que dicho riesgo venía determinado por la pérdida de la funcionalidad de los ojos. Por su parte la **sentencia de 19 de diciembre de 2003 (Rec. 63/03)** aprecia la existencia de urgencia vital y el reintegro de gastos de la intervención quirúrgica realizada en una clínica privada, debido a la gravedad de la enfermedad padecida por el demandante (carcinoma bronquio alveolar), y a que no fue debidamente atendido por los servicios de Seguridad Social, al no serle ofrecida una posible y real asistencia.

3. Desempleo

3.1. *Pérdida de un trabajo a tiempo completo que duró doce días, precedido de otro a tiempo parcial*

La demandante impugna la resolución del INEM en la que se le reconoce el derecho al subsidio de desempleo en un 40% del S.M.I. ya que considera que le corresponde el 75%. La sentencia recurrida desestimó la pretensión porque consideró aplicable el criterio de proporcionalidad del art. 217.1 LGSS. En unificación de doctrina, **la sentencia 3 junio 2003 (RC 3507/02)** confirma dicha solución ya que

aunque el último contrato fue a tiempo completo, el número de días cotizados por dicha modalidad no alcanza el legalmente exigido, siendo que si se reunía con el trabajo a tiempo parcial que precedió al de tiempo completo. Ante esta situación, procede acudir a una interpretación lógica del precepto y reconocer el subsidio con el **criterio de proporcionalidad** que se recoge en el mismo. Pone de manifiesto la Sala que no se discute la forma de cálculo del porcentaje, por lo que no entra a una posible aplicación de la doctrina de la sentencia de 20 de diciembre de 2002.

3.2. Responsabilidades familiares. Hijo privativo del cónyuge del solicitante, que no convive con este

En torno al derecho a **prestaciones por responsabilidades familiares** aborda la Sala IV la cuestión de determinar si el hijo del marido de la solicitante del subsidio por desempleo, que no convive con su padre, puede considerarse como miembro de la unidad familiar para determinar las responsabilidades familiares. La **sentencia 25 junio 2003 (RC 3192/03)** considera que en tal situación no puede considerarse hijo a cargo a quién siendo hijo privativo de uno de los esposos no convive con ellos. La convivencia no es exigible para los supuestos en que los hijos son los del solicitante que están en el supuesto del art. 18.3 del RD 625/85.

3.3. Mayores de 52 años. Inscripción ininterrumpida como demandante de empleo. Criterio flexibilizador

Sobre los requisitos para acceder al **subsidio de desempleo para mayores de 52 años** y la aplicación de criterio flexibilizador, examina la Sala un supuesto en que fue denegado por el INEM por no estar la demandante inscrita ininterrumpidamente como demandante de empleo. La Sala 4.^a en **sentencia 15 octubre 2003 (RC 4067/02)** estima el recurso de la demandante porque, aplicando un **criterio flexibilizador** en la apreciación del requisito de inscripción como demandante de empleo que en el caso que resuelve entiende cumplido porque la demandante, mujer de más de 60 años, ha permanecido como demandante de empleo en períodos muy prolongados de tiempo, sin que se le ofreciera colocación adecuada y, aunque solicita el subsidio

el 22 de diciembre de 1998, desde el 9 de octubre de dicho año figura inscrita como demandante de empleo, sin que las ininterrupciones anteriores sean síntoma de su voluntad de abandonar el mercado de trabajo.

3.4. Consecuencias de la falta de comunicación del cambio de la situación familiar. No incide en el derecho prestacional cuando aquélla es irrelevante

También examina la Sala IV el problema de determinar las consecuencias para el derecho prestacional de la **falta de comunicación del cambio de situación familiar**. Afirma la Sala IV que el beneficiario de un subsidio por desempleo debe comunicar a la Entidad Gestora las modificaciones que sufre la situación familiar en su obligación de colaborar con la Entidad Gestora, ofreciendo información «momentánea» sobre los cambios que se produzcan en relación con las circunstancias económica, profesionales o familiares, pero que tengan relevancia sobre el derecho a la prestación. La **sentencia de 29 octubre 2003 (RC 4767/02)** dictada en Sala General indica que la omisión de esta información, al conectarse con la incidencia de la misma sobre el derecho, no será sancionable cuando resulte superflua. En todo caso, la Entidad gestora deberá revisar la prestación o subsidio sobre un cómputo anual de rentas de la unidad familiar. Por tanto, en el caso que se resuelve, lo percibido por el esposo de la beneficiaria no incidía, en cómputo anual, en el derecho al subsidio, por lo que la omisión de la información carecía de relevancia y no podía ser sancionada con la pérdida del subsidio.

3.5. Desempleo parcial por extinción de contrato a tiempo completo y contratación a tiempo parcial

Otra cuestión sobre la que se pronuncia la Sala se refiere a la protección por desempleo de un trabajador que extingue un contrato a tiempo completo y, sin solución de continuidad, suscribe un contrato a tiempo parcial. La sentencia 5 mayo 2004 (R. 2092/03) recuerda que la regulación que existe sobre el desempleo parcial hace referencia a la reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo en los términos de los arts. 203.3 y 208.1.3 LGSS. Pero junto a este supuesto se encuentra el reco-

gido en el art. 221.1 LGSS para el caso de que el desempleado total suscriba un contrato a tiempo parcial. En este último supuesto se encuadra el que es objeto del recurso con la única singularidad de que, en lugar de obtener la prestación por desempleo total, se ha instado directamente el desempleo parcial, que debe tener la misma protección.

4. Incapacidad permanente

4.1. Pensión no contributiva. Computo de ingresos de la unidad económica de convivencia. Plan de pensiones

La demandante impugna la resolución de la Diputación en la que se le había dejado sin efecto **la pensión no contributiva de invalidez** que venía percibiendo porque los ingresos de la unidad familiar superaban el límite legal, al incluir en su cómputo los que el padre de la demandante había percibido por **un plan de pensiones**. La sentencia recurrida estima la pretensión de la beneficiaria. La **sentencia 16 mayo 2003 (RC 2238/02)**, apreciando la identidad con un supuesto en el que el ingreso que se discutía como computable era la indemnización percibida por el marido de la beneficiaria al causar baja en la empresa por invalidez, considera que debe computarse lo percibido por el plan de pensiones al ser ingresos de naturaleza prestacional, según dispone el art. 1.2 de la Ley 8/87 en relación con el art. 144.5 LGSS, sin que en este caso pueda acudir a la doctrina de la Sala, en materia de subsidio por desempleo y el cómputo de los incrementos patrimoniales derivados de fondos de inversión.

4.2. Período de cotización. Se excluye para el cómputo el período de incapacidad temporal no iniciado

En relación con el cómputo del **período de cotización** exigido para causar derecho a la pensión de incapacidad permanente la **sentencia de 2 febrero 2004 (RC 4806/02)** cuya doctrina reitera la **sentencia de 3 febrero 2004 (RC 1525/03)** establece que a efectos de cubrir el período de cotización necesario para causar derecho a la prestación de incapacidad permanente, no es posible computar el período de incapacidad temporal no iniciada que tiene lugar cuando el trabajador se encuentre de baja médica, pero sin derecho al subsidio de incapacidad temporal por no reunir el período de cotización necesario para percibirlo. La Sala

cambia así el criterio que venía adoptando antes del RD 4/1998 y entiende que el art. 4.4 del RD 1799/85 ha sido modificado por la Disposición Adicional 7.^a del citado RD y, por ello, no es posible tener en consideración el período de **incapacidad temporal no iniciada** ya que el beneficio que se recoge en el art. 4.4, en su nueva redacción, exige que el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad temporal.

4.3. Incremento del 20% en Incapacidad Permanente Total

La **sentencia de 4 mayo 2004 (RC 982/03)** reitera la doctrina recogida en STS de 22 de mayo de 1995, en el sentido de reconocer el **incremento del 20%** de la pensión correspondiente por **incapacidad permanente total** para la profesión habitual en los supuestos previstos en el art. 139.2.2.º LGSS.

5. Incapacidad temporal

5.1. Alta con propuesta de invalidez. La fecha de efectos económicos llega hasta la fecha de la resolución que resuelve el expediente de incapacidad permanente

Se pretende por el empresario que el pago del subsidio de incapacidad temporal concluya en el momento en que se da el alta al trabajador con propuesta de invalidez, solicitando el reintegro de lo abonado hasta la fecha de efectos económicos de la incapacidad permanente que le fue reconocida al trabajador. La **Sentencia 13 junio 2003 (R 1104/02)** estima el recurso que planteó la entidad gestora frente a la sentencia de suplicación que estimó la demanda, porque los **efectos del subsidio de incapacidad temporal**, en los supuestos como el que es objeto del recurso, se prorrogan hasta el momento de la calificación de la incapacidad permanente, en cuyo momento se inician los efectos de la invalidez.

5.2. Responsabilidad por falta de alta. Alta fuera de plazo autorizado y cotizaciones abonadas con posterioridad al hecho causante

En torno a las **responsabilidades que se derivan por falta de alta** examina la Sala IV el problema de trabajador que, estando prestando servicios

desde noviembre, causó baja por enfermedad en diciembre, siendo dado de alta en el mes de febrero siguiente. El SVS para el que prestaba servicios la demandante tiene autorización para demorar el plazo de presentación de los documentos de afiliación alta y baja de 30 días a partir del día siguiente al inicio, cese en la actividad o variación de datos y para diferir el ingreso de las liquidaciones de cuotas. El alta se presenta el 2 de febrero de 2001, desconociéndose la fecha de ingreso de las cotizaciones de noviembre, diciembre y enero de 2001 que, en último caso, aunque fuera dentro del plazo autorizado, sería posterior al hecho causante. Solicitado el pago del subsidio de incapacidad temporal le es denegado por el INSS al trabajador por no estar en alta. Por su parte la **sentencia 23 junio 2003. (RC 3079/02)** declara la responsabilidad del empresario en el abono del subsidio porque el **alta se ha realizado fuera de plazo autorizado y las cotizaciones, aunque abonadas en el plazo autorizado, lo fueron con posterioridad al hecho causante**, por lo que su eficacia retroactiva no alcanzaría a esa fecha.

5.3. Extinción. No procede por el transcurso de los 30 meses sin resolución del expediente de incapacidad permanente

Sobre el momento de **extinción de la incapacidad temporal** la **sentencia de 1 diciembre 2003 (RC 7777. 3569/02)** indica que la entidad colaboradora debe abonar el subsidio de incapacidad temporal derivado de accidente de trabajo, aunque hayan transcurridos los treinta meses de la situación de incapacidad temporal a que se refieren los arts. 128.1.a) y 131 bis.2 páf. 2.º, hasta que se resuelva el expediente de incapacidad permanente, con el reconocimiento o denegación de la incapacidad, en aplicación del art. 131.bis.3 páf. 3.º LGSS.

5.4. Reparto de responsabilidades. El INSS no responde subsidiariamente del pago cuando la empresa gestiona directamente la prestación

En materia de reparto de responsabilidades según la **sentencia de 26 enero de 2004 (RC 4535/02)**, que **rectifica** doctrina de la sentencia de 23 de febrero de 2001, la Entidad Gestora no es responsable subsidiaria del pago del subsidio de incapacidad temporal cuando la empresa responsable gestiona directamente dicha prestación, aunque tenga concertado un aseguramiento de la misma con una Mutua.

6. Jubilación

6.1. *Pensión no contributiva. Ingresos de la unidad económica de convivencia. Supuesto de miembro (hija de la solicitante) casado en régimen de gananciales*

La cuestión sobre la que se pronuncia la **sentencia 11 junio 2003 (RC 3941/02)** consiste en si procede computar los ingresos de la hija, casada en régimen de gananciales, de la solicitante a los efectos de reconocer una **pensión no contributiva**. La unidad de convivencia está formada por la solicitante, su esposo, la hija de ambos y el marido de ésta, que no ha sido considerado como miembro de dicha unidad, a los efectos de la pensión solicitada. Por tanto, sin discutirse por las partes ni debatido en la sentencia recurrida si la hija forma parte de la unidad familiar, lo que se resuelve es si lo percibido por la hija debe computarse en su integridad o por mitad. La Sala 4.^a, siendo indiferente la procedencia de los ingresos de la sociedad ganancial, considera que deben computarse la mitad de ellos, máxime teniendo presente que, a estos efectos el esposo de la hija no se integra en la unidad de convivencia —aunque la convivencia de los esposos es impuesta legalmente—, cuando, por el contrario, es obligado que los miembros de la unidad mantengan una convivencia.

6.2. *Complementos por mínimos. Cómputo de capital por rescate de Plan de Pensiones. Distribución en períodos anuales: no procede*

*En relación con el complemento por mínimos el INSS reclama al demandante, pensionista de jubilación, el importe del complemento de por mínimos del año 1999 al haber percibido en dicho año una cantidad por rescate de capital del plan de pensiones que provocaba la superación del límite de pensiones que para el indicado año estaba establecido legalmente. La **sentencia de 13 de octubre de 2003 (RC 4258/02)** confirma la desestimación de la demanda, aplicando la doctrina de la sentencia de 16 de mayo de 2003 que, en relación con una pensión no contributiva, declaraba que tales ingresos no podían ser considerados como renta irregular, al no ser trasladable al ámbito de la seguridad social los criterios legales fijados en las normas sobre impuestos.*

6.3. Período de carencia. Cotizaciones por subsidio de desempleo para mayores de 52 años: ineficacia. Hecho causante bajo la vigencia de la Ley 50/1998

Otro problema planteado en unificación de doctrina se refiere a si son computables las cotizaciones por subsidio por desempleo para mayores de 52 años para cubrir el período de carencia para acceder a la pensión de jubilación, cuyo **hecho causante se produce tras la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley 50/1998**. La **sentencia de 16 de octubre de 2003 (RC 981/03)** considera que el demandante, al no computarse tales cotizaciones en aplicación de la Disposición Adicional Vigésimo Octava de la ley 50/98, no reúne el período de carencia, genérica y específica, necesario para acceder a la pensión de jubilación. Además, en el momento en que se realizaron dichas cotizaciones por el INEM no existía previsión legal alguna sobre la eficacia de tales cotizaciones, siendo exigible para acceder al subsidio en cuestión tener un período mínimo de cotización para acceder a la jubilación por lo que las cotizaciones que se realizaron durante el subsidio no podían servir para completar la carencia de la jubilación que era necesario acreditar antes de percibir dicho subsidio. También, recuerda la Sala la doctrina de su sentencia de 23 de junio de 1997 sobre el Convenio Hispano-Suizo.

6.4. Responsabilidad por falta de cotización en caso de sucesión de empresa

En materia de **responsabilidad en caso de sucesión de empresa** la **sentencia de 28 enero 2004 (RC 58/03)** dictada en **Sala General** señala que en los supuestos de sucesión empresarial la responsabilidad en materia de Seguridad Social no puede ser ilimitada. Por tanto, no refiriéndose el art. 44.3 ET a estas obligaciones, procede aplicar el art. 127.2 LGSS y eximir de responsabilidad a la empresa cesionaria en el pago de la diferencia de la prestación que resulta de incrementar el porcentaje con el período de prestación de servicios para la empresa cedente que incurrió en una falta de cotización.

6.5. Cómputo de cotizaciones mejoradas que no supera el tope máximo de cotización

También se planteó en unificación de doctrina si era posible calcular la **base reguladora** de la pensión de jubilación conforme a las **bases de cotización mejoradas** por la empresa en el período de agosto de 1983 a julio de

1991, al amparo de la LGSS 1974 y de lo dispuesto en convenio colectivo. La **sentencia de 26 diciembre 2003 (RC 760/03)** rechaza el recurso de la Entidad Gestora porque, siguiendo la doctrina de la sentencia de 14 de marzo de 1994, es posible mejorar las bases de cotización siempre que no supere el tope máximo de cotización previsto en el art. 74.1 LGSS de 1974, sin que este límite se quede fijado en la base máxima de cotización que en cada momento corresponda al grupo de cotización al que pertenece el trabajador.

6.6. Pensión no contributiva. Cálculo del límite de ingresos cuando existe un miembro excluido de la unidad familiar

A efectos del cumplimiento del **requisito de carencia de rentas para causar derecho a la pensión de jubilación en su modalidad no contributiva**, hay que tener en cuenta si el solicitante convive con otras personas en una misma unidad económica para calcular el límite de acumulación de recursos de acuerdo con el art. 144 LGSS a que se remite el art. 167.1 de la misma ley. En este sentido, la **sentencia de 19 mayo 2004 (RC 1176/03)** entiende que la unidad de convivencia debe conformarse con los miembros que la norma establece, no excluyendo lo que dice, ni incluyendo lo que no recoge. De esta forma, en una unidad integrada por el solicitante, su hijo/a y nuera/yerno, sólo debe excluirse el integrante que no recoge la norma, si bien a la hora de computar los ingresos de dicha unidad deben restarse los que correspondan al excluido.

7. Lesiones permanentes no invalidantes

7.1. Hipoacusia que afecta a los dos oídos, sin alcanzar el nivel conversacional en ninguno de ellos: baremo 8 por cada oído

El demandante está afectado de **hipoacusia** en ambos oídos y solicitó la indemnización por baremo respecto de estas secuelas sin que le fuera reconocida. Plantea demanda en la que reclama el baremo 10 y, subsidiariamente para cada oído el baremo 8. Queda acreditado que la hipoacusia le afecta a ambos oídos sin que esté impedido de sonidos a nivel conversacional. El Tribunal Supremo en **sentencia de 23 de noviembre de 2003 (RC 952/03)** confirma la sentencia estimatoria de la petición subsidiaria, reclamando la aplicación del **baremo 8 dos veces**, al considerar que se debe indemnizar es cada una de las lesiones que presenta el trabajador, siempre que sumadas no superen un grado superior.

7.2. Hipoacusia bilateral de 25 dB. Indemnización según baremo

También en relación con la hipoacusia bilateral otro caso fue el de demandante que solicita que se le declare afecto de lesiones permanentes no invalidantes, derivadas de enfermedad profesional, con derecho a la indemnización que resulta de aplicar el baremo 10 y, subsidiariamente la que deriva de la aplicación del baremo 8 pero por cada oído. La sentencia recurrida estimó la petición principal y la **sentencia de 24 de noviembre de 2003 (RC 957/03)**, al resolver el recurso de unificación de doctrina, casa la sentencia al reiterar su doctrina, recogida en la sentencia de 2 de abril de 2002, aclarando que en ésta no se decía que **el baremo 10 era aplicable a partir de 25 dB**. Sobre la petición subsidiaria no entra conocer al no haberse planteado en este recurso.

7.3. Doble indemnización en caso lesiones permanentes no invalidantes

La cuestión suscitada en la **sentencia de 22 marzo 2004 (RC 1627/03)** hace referencia a la aplicación de dos baremos de la OM de 16 de enero de 1991 cuando el sujeto afectado presenta una **cicatriz quirúrgica y una limitación en la movilidad de un miembro**. La Sala confirma la sentencia recurrida que había estimado la pretensión del beneficiario porque considera que las lesiones afectan al nivel de ganancia y a la integridad física de la persona, siendo ambos aspectos contemplados en el art. 150 LGSS. Por tanto, si la cicatriz, aunque sea quirúrgica, afecta a la integridad física de la persona y la limitación funcional a la capacidad del trabajador y ambas se encuentran baremadas, el beneficiario debe ser indemnizado con el importe respectivo a cada limitación.

8. Mejoras voluntarias de prestaciones de la seguridad social

8.1. Modificación de las reconocidas en Convenio Colectivo por otro posterior

La cuestión sobre la que se pronuncia la Sala 4.^a se refiere a si las mejoras voluntarias reconocidas en convenio colectivo pueden ser suprimidas o modificadas por otro convenio posterior. La **sentencia 16 julio 2003 (RC 862/02) Sala General**, tras recodar la doctrina que se elaboró

con anterioridad a la reforma de la Ley 11/94, señala que el número 4 del art. 82 dispone con claridad que un convenio colectivo puede disponer de los derechos reconocidos en otro anterior. Pone de manifiesto, también, que en el debate de dicha reforma se pretendió introducir una enmienda, rechazada, en la que se imponía el respeto a los derechos adquiridos o en curso de adquisición, lo que significa que las facultades de convenir no podían quedar limitadas por anteriores pacto o acuerdos privados, aunque sean de dimensión colectiva. Por tanto, en el caso que se resuelve, las mejoras voluntarias que tenían reconocidos los demandantes por pacto colectivo no individual, posteriormente incorporadas al convenio colectivo fueron válidamente sustituidas en el último convenio por otras condiciones con distinto alcance que fueron rechazadas por los demandantes.

8.2. Complemento de pensión de incapacidad permanente absoluta. Hecho causante: el que figure en el contrato de seguro que la instaure

En materia de **determinación de la fecha del hecho causante** se cuestiona en unificación de doctrina la cantidad que corresponde a la mejora de las prestaciones de seguridad social que se estableció unilateralmente por la empresa a favor de sus trabajadores y que ha sido cubierta mediante póliza de seguro, habiéndose sucedido diversos contratos, con diferentes cuantías, entre el accidente de trabajo y la sentencia que declaró la situación de incapacidad. La **sentencia 20 noviembre 2003 (RC 3238/02)** considera que las mejoras se rigen por las disposiciones o acuerdos que las hayan implantado y, por tanto, si en el caso que se resuelve en el contrato de seguro se decía que el hecho causante lo constituía la sentencia firme que reconozca la incapacidad permanente, debe ser dicho momento el que determina la mejora que le corresponde al trabajador.

9. Orfandad

9.1. No procede la recuperación de la pensión extinguida por matrimonio en caso de separación matrimonial

La **sentencia de 1 marzo 2004 (RC 2227/03)** señala que no es posible rehabilitar una pensión de orfandad que se vio extinguida por el matrimonio de la beneficiaria, **aunque con posterioridad se haya sepa-**

rado y no perciba pensión de su ex marido, ya que no existe precepto alguno que permita dicha rehabilitación.

10. Personal al servicio de la seguridad social

10.1. ATS de refuerzo en EAP. Retribución. Principio de igualdad

Se reclama por un ATS, nombrada con carácter eventual para prestar servicios como personal de refuerzo en atención continuada en Equipo de Atención Primaria, la misma retribución que los ATS/DUE que, siendo personal fijo, realizan funciones de guardia en dichos Equipos. La sentencia recurrida ha estimado la pretensión y la **sentencia 5 junio 2003 (RC 4617/02)**, al unificar doctrina, casa dicha sentencia porque invocándose el **principio de igualdad**, éste no ha sido vulnerado al tener el colectivo sobre el que se denuncia la vulneración un régimen horario y de funciones que justifica el distinto tratamiento.

10.2. Servicio Vasco de Salud. Medico. Jornada anual. Cómputo del descanso tras guardia de presencia física

En materia de **jornada** los demandantes, médicos del Servicio Vasco de Salud, reclaman que se compute en la jornada anual las diez horas de descanso que corresponde tras una guardia de presencia física. La sentencia recurrida desestimó la pretensión, siendo recurrida en unificación de doctrina. Este último recurso fue suspendido al encontrarse tramitando un conflicto colectivo sobre la cuestión suscitada que se resolvió por sentencia de 16 de diciembre de 2002, desestimatoria del conflicto al disponer que el tiempo de descanso no puede calificarse como tiempo de trabajo. La **sentencia 20 mayo 2003 (RC 4848/00)** aplica al recurso de unificación de doctrina los efectos de cosa juzgada que corresponde a la sentencia dictada en el proceso de conflicto colectivo y, por tanto, confirma la sentencia recurrida.

10.3. Responsabilidad en el pago de retribuciones. Transferencias del INSALUD a Comunidad Autónoma. Reclamación por períodos anteriores a la fecha de efectos de las transferencias

Sobre **retribuciones** se reclama por los demandantes, ATS que venían prestando servicios para el INSALUD en Aragón, unas retribuciones corres-

pondientes al período de 25 a 31 de diciembre de 2001. El **traspaso de funciones y servicios** del INSALUD a la Comunidad Autónoma de Aragón se produjo con efectos de 1 de enero de 2002. La sentencia recurrida condenó al Servicio Aragonés de Salud al pago de lo reclamado. La **sentencia 29 septiembre 2003 (RC 4725/02)** aprecia la identidad con la sentencia de contraste, referida a una reclamación de cuotas colegiales planteada ante la Comunidad de Castilla-León, y casa la sentencia recurrida porque discutiéndose exclusivamente la determinación de la entidad responsable del pago de la cantidad reclamada, procede aplicar la Disposición Adicional 1.^a de la Ley 12/83, lo que se coordina con los términos del RD de transferencias, en el punto relativo al cierre del sistema de financiación. Además, el art. 43 de la Ley General Presupuestaria no debe ser interpretado en el sentido que se pretende; por el contrario, de esa norma también puede llegarse a idéntica solución (art. 42).

10.4. ATS-DUE sin especialidad. No tiene derecho al complemento específico

Siguiendo con la materia retributiva, se reclama por el demandante, ATS-DUE, sin especialidad, el derecho al complemento específico a realizar las mismas funciones que los ATS con especialidad. La **sentencia 22 octubre 2003 (RC 4109/02)** rechaza el recurso de la demandante porque el complemento de puesto de trabajo se percibe por quienes desempeñan las funciones especiales y en atención a la especial dificultad técnica, responsabilidad, etc. Distinto del complemento específico que se recoge en la Resolución del SAS 10/93, según la cual los ATS-DUE que hubieran obtenido diploma en alguna especialidad de las que se relacionan en la misma y desempeñen puestos de especialistas, percibirán las retribuciones de ATS especialista, en plaza de especialidad. Por tanto, aunque existan en el mismo servicio ATS-DUE sin especialidad que realicen funciones que no difieran de las realizadas por los especialistas, no pueden ser retribuidos con dicho complemento.

11. Reclamación previa en materia de seguridad social

11.1. Impugnación de resoluciones dictadas durante la tramitación del expediente

La reclamación previa sólo puede plantearse frente a resoluciones que resuelvan definitivamente el expediente administrativo y **no contra**

las dictadas durante su tramitación ya que una resolución intermedia, de trámite, dictada en un expediente administrativo en materia de seguridad social, no es impugnabile en vía judicial laboral, en donde la impugnación que corresponde es la referida a la resolución definitiva que se dicte en el expediente y pone fin a la vía administrativa. **Sentencia 9 julio 2003 (RC 1375/02).**

12. Régimen especial de trabajadores autónomos

12.1. Incapacidad temporal. Requisito de estar al corriente del pago de las cotizaciones al momento del hecho causante. Posterior acuerdo de fraccionamiento del pago

En relación con el requisito de estar al **corriente en el pago** de cotizaciones al momento del hecho causante para poder lucrar prestación por Incapacidad Temporal, resuelve la Sala IV que el **aplazamiento en el pago** de las cotizaciones que autoriza la TGSS debe obtenerse con anterioridad al hecho causante de la prestación, para que pueda tener los efectos de considerar al beneficiario al corriente en el pago de las prestaciones. **Sentencia 26 junio 2003 (R 3625/02).**

12.2. Viudedad. Estar al corriente del pago de las cuotas. Cuotas prescritas antes de la solicitud pero no con anterioridad al hecho causante

A efectos de percibir la pensión de supervivencia las **cuotas prescritas con posterioridad al hecho causante** no impiden apreciar el incumplimiento del requisito exigible para acceder a la pensión de viudedad y orfandad que se reclama, como es el de estar al corriente en el pago de las cuotas. **Sentencia 25 septiembre 2003 (RC 4778/02).**

12.3. Encuadramiento. Baja de oficio y situación asimilada a la de alta

Sobre impugnación de baja de oficio en el RETA la **sentencia de 20 enero 2004 (RC 1796/03)**, que reitera doctrina recogida en la STS de 16 de junio de 1998, entiende ajustada a derecho la baja en el RETA acor-

dada de oficio por la TGSS, ya que el agotamiento del plazo máximo de incapacidad temporal (derivada de enfermedad común) pone fin a la obligación de cotizar.

Por otro lado, la doctrina que considera la incapacidad temporal como una situación asimilada a la del alta está pensada para aquellos casos en que el trabajador se encuentra en situación de no alta por causas ajenas a su voluntad. Pero la **sentencia de 5 diciembre 2003 (RC 3897/02)** entiende que no es aplicable dicha doctrina cuando se causa baja voluntaria en el RETA encontrándose la trabajadora en situación de incapacidad temporal. Esta incapacidad la inició el 1 de marzo de 1999 hasta que el 18 de noviembre de 1999 causó parto múltiple, a consecuencia de lo cual solicita la prestación por maternidad que le es denegada por la Entidad Gestora. La Sala entiende que la baja voluntaria en el RETA impide apreciar la situación asimilada al alta exigida (en defecto del alta) para acceder a la referida prestación (art. 133.ter LGSS).

13. Prestaciones por hijo a cargo

13.1. *No son imprescriptibles*

Según la **sentencia de 15 marzo 2004 (RC 1693/03)**, las prestaciones por hijo a cargo **no** están sometidas al régimen de **imprescriptibilidad** de las prestaciones por muerte y supervivencia establecido en el art. 178 LGSS.

14. Reintegro de prestaciones indebidamente percibidas

14.1. *Reclamación de oficio: Regla General y excepciones. Supuesto de pensión contributiva*

Se plantea en unificación de doctrina si la Entidad Gestora puede reclamar de oficio lo indebidamente percibido por la demandante, como **pensión no contributiva**, cuando en el año 1999 superó el límite de ingresos que permitía acceder a la pensión, habiendo efectuado la beneficiaria la declaración de ingresos durante el primer trimestre del año 2000, referido al año precedente. La **sentencia 10 junio 2003 (RC 2880/02)**, tras recordar la doctrina de la Sala sobre la aplicación del art. 145. 1 y 2 de la LPL, considera que el caso que resuelve no está inclui-

do dentro de la excepcionalidad del precepto ni de ninguno de los supuestos que permiten reclamar de oficio lo indebidamente percibido por el beneficiario. Parte de que la demandante dio cumplimiento al art. 16.2 del RD 357/91 y, por tanto, la entidad gestora debe acudir a la vía judicial para reclamar las cantidades a devolver.

15. Sentencia

15.1. Congruencia. Reclamación de Gran Invalidez y petición en suplicación de incapacidad permanente absoluta, como pretensión subsidiaria

La sentencia que reconoce la incapacidad permanente absoluta pedida por el demandante con carácter subsidiario en vía de recurso de suplicación **no es incongruente** porque en la demanda se haya reclamado el reconocimiento de gran invalidez ya que, ante la falta de exclusión del demandante de algunos de los grados de incapacidad que puede reconocerse, aquella reclamación abarca cualquier grado de incapacidad. Siempre que en la instancia se hayan analizado los padecimientos del demandante sin limitación alguna en cuanto al posible alcance invalidante de las mismas. **Sentencia 24 noviembre 2003 (RC 661/03).**

16. Viudedad

16.1. Causante perceptor de pensión de incapacidad derivada de accidente de trabajo, acaecido con anterioridad a 1966. Responsabilidad en el pago de la prestación

El pago de las prestaciones que se deriven del accidente de trabajo corresponde a la entidad aseguradora de la contingencia a la fecha del accidente. Además, afirma la **sentencia de 14 de mayo de 2003 (RC 2437/02)** en el caso que se resuelve, habiendo acaecido el **accidente antes de 1966**, debe mantenerse la responsabilidad de la entidad aseguradora de aquel accidente ya que dichos aseguramientos seguían produciendo efectos conforme a la legislación anterior, no obstante el cese de las compañías privadas en la gestión del seguro de accidentes de trabajo a partir del 30 de abril de 1966. Finalmente, el INSS no puede responder del pago de la prestación, en su condición de Fondo de Garantía

de Accidentes porque su responsabilidad nace cuando se produce una falta de aseguramiento o insolvencia de las Aseguradoras o en ante el reaseguro.

16.2. Distribución proporcional entre beneficiarias en razón al tiempo convivido

En torno al problema de **distribución proporcional de la pensión** entre beneficiarias en razón al tiempo convivido en los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponde a quién hubiere sido cónyuge legítimo, siempre que no hubiera contraído nuevo matrimonio, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido. En el caso que resuelve la **sentencia de 27 enero 2004 (RC 3610/02)** la demandante había convivido maritalmente con el causante desde diciembre de 1965, con quien tuvo dos hijos, y contrajo matrimonio tras divorciarse de su anterior esposa en febrero de 1984, con la que no convivía desde 1965. Por tanto, a la demandante le debe ser computado todo el tiempo de convivencia con el causante hasta su divorcio en octubre de 1991 (es decir, desde 1965 hasta 1991).

III. PROCESO SOCIAL

1. Competencia jurisdiccional

1.1. Concesión de licencias federativas a deportistas extranjeros

La **STS 18-9-2003 (RC 3868/2002)** se pronuncia, a propósito de una reclamación formulada por un jugador de baloncesto profesional de nacionalidad bosnia frente a la Federación Española de Balonmano, sobre una cuestión estrictamente procesal, pero de gran interés, la relativa a la competencia del orden contencioso-administrativo para entender de los litigios referidos a la clase de **licencia federativa** que corresponde otorgar a dicho deportista, si como jugador comunitario o como extranjero. La Sala recoge la solución contenida en la sentencia precedente, dictada igualmente en unificación de doctrina, de 24-6-2003 (RCUD 1814/2002), referida a un **futbolista extracomunitario**, que al mismo tiempo es la que ya se contemplaba en el Auto de la Sala de Conflictos del propio Tribunal Supremo de 14-6-2001, y en los posteriores de 12-5-2002 y 17-6-2002.

Los argumentos, en síntesis, son los siguientes. De conformidad con la Ley 10/1990, del Deporte, las federaciones deportivas ejercen por delegación facultades públicas de carácter administrativo, entre las que se encuentran la organización de competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal, uno de cuyos instrumentos es la concesión y calificación de las licencias federativas, que son título habilitante para participar en dichas competiciones, y condicionante a su vez de la composición de los equipos («alineación») en los encuentros deportivos. Por consiguiente, *«la asignación o denegación de la licencia de jugador comunitario, aunque tenga importantes consecuencias en las condiciones de empleo de los deportistas profesionales de nacionalidad extranjera, es un acto que, como dice el Auto citado de 14 de junio de 2001, corresponde a “la esfera del poder delegado en la que la federación actúa como colaboradora o agente de la Administración”, y no a la «rama social del derecho».*

1.2. Tutela de la libertad sindical del personal al servicio de la Administración

La Sala Cuarta ha tenido que afrontar de nuevo en este período el delicado interrogante que surge a propósito de la **delimitación competencial** en relación con las demandas de **tutela de la libertad sindical relativas al personal al servicio de la Administración Pública**. Y lo ha hecho en dos sentencias, las **SSTS 28-1-2004 (RC 51/2003)** y **13-4-2004 (RC 71/2002)**, que matizan y armonizan la doctrina precedente contenida en las SSTS 28-12-99, 6-2-2000 y 6-10-2001, por lo que resulta de extremo interés su referencia en esta crónica.

En la primera de ellas se declara la competencia del orden contencioso-administrativo para entender de una reclamación referida al derecho de un sindicato a participar en la Mesa Sectorial de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Canarias, que exige una interpretación sistemática de las reglas contenidas en los arts. 2 k) y 3.1 a) y 3.1 c) LPL; y que resulta asimismo acorde con lo que viene resolviendo la Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo, del Tribunal Supremo (en sentencias como las de 20-1-1998, 26-9-2001 y 22-10-2001), que declara su propia competencia para entrar a conocer de las pretensiones de impugnación de los acuerdos reguladores de condiciones de trabajo de los funcionarios, materia respecto de la que la Sala Cuarta ha declarado que carece de competencia. Esta delimitación competencial ha de extenderse a su vez a las pretensiones sobre el reconocimiento de cierta posición

en la negociación a un determinado sindicato, como sucede con la que aquí se ejercita.

Por cierto, el inconveniente de la previa declaración de incompetencia por el orden contencioso-administrativo es resuelto por la Sala remitiendo a lo dispuesto en el art. 50 LOPJ sobre el recurso por defecto de jurisdicción, que habrá de interponerse ante el órgano de dicho orden que rechazó su competencia, que remitirá las actuaciones a la Sala de Conflictos.

En la segunda de las sentencias citadas, la de **13-4-2004 (RC 71/2002)**, que se remite además a la precedente que se acaba de comentar, la Sala declara la incompetencia del orden social para conocer de una pretensión de tutela de la libertad sindical ejercitada por el Sindicato de Auxiliares de Enfermería frente a la Junta de Extremadura y demás entidades y organismos codemandados, por la falta de llamamiento para participar en la constitución de la Mesa Sectorial de Sanidad del Servicio Extremeño de Salud.

1.3. Trabajo de extranjeros y competencia judicial internacional

La **STS 12-6-2003 (RC 4231/2002)** tiene igualmente un gran interés, no sólo porque analiza un complejo problema, escasamente tratado por la doctrina laboral y la jurisprudencia, sino porque además, a propósito del mismo, rectifica doctrina unificada anterior, contenida en las SSTS 29-9-1998 y 20-11-1998 (RC 4796/1997 y 940/1998).

Se trata de la determinación de la **competencia judicial internacional** en relación con una demanda en reclamación de cantidad interpuesta por unos trabajadores colombianos, que fueron contratados en España por el Ministerio de Educación y Cultura, para prestar servicios en dependencias del mismo ubicadas en el país de origen de los demandantes, en concreto, en el Centro Cultural y Educativo Español «Reyes Católicos» de Bogotá, y en cuyos contratos se había pactado expresamente el sometimiento a la legislación colombiana y a la competencia para la solución de los conflictos de los tribunales y jurisdicción laboral de aquel país.

La Sala considera de aplicación las reglas contenidas en el Convenio de Bruselas de 1968, suscrito por España el 26 de mayo de 1989, ratificado por instrumento de 29 de octubre de 1990 (BOE 28 de enero de

1991), aplicación que viene determinada por un fuero general, único y excluyente, que el domicilio del demandado se encuentre en territorio de la Comunidad Europea, como es el caso. Y tiene en cuenta a su vez que el Reglamento comunitario n.º44/2001, que sustituye a aquel convenio internacional, no entraba en vigor hasta el primero de marzo de 2002. A partir de ahí, y por aplicación de la jurisprudencia comunitaria que cita, afirma que dicho fuero se impone a cualquier otro elemento de extranjería, como son en este supuesto la **nacionalidad de los trabajadores**, el domicilio de los demandantes y el lugar de prestación de servicios. Y puesto que el Convenio prohíbe al demandante invocar frente al demandado domiciliado en un Estado contratante las reglas de competencia nacionales basadas en el domicilio y la residencia del demandante, y limita la virtualidad de los pactos de sumisión expresa a los concertados después del litigio o invocados ante tribunales distintos a los del domicilio del demandado, concluye afirmando la competencia de los tribunales españoles.

1.4. Competencia territorial y facultades judiciales

La relevante **STS 16-2-2004 (RC 3201/2002)**, dictada por la Sala General, parece poner fin a las dudas surgidas de la interpretación del art. 5.1 LPL a la luz de la Base Segunda, 1 de la Ley 7/1989, de Bases de Procedimiento Laboral, en torno al carácter imperativo y de orden público de las reglas ordenadoras de la **competencia territorial** de los órganos de la jurisdicción social, contenidas en los art. 10 y 11 LPL. La Sala considera que dichas normas comparten la naturaleza y carácter de las que se incorporan en los arts.50 a 60 LEC, por lo que la materia sería meramente dispositiva, no susceptible de apreciación de oficio. Por otra parte, la Sala considera que en el proceso laboral se debe alterar el criterio general relativo al tratamiento unitario de la sumisión, mereciendo una solución diversificada, negativa de la posibilidad de sumisión expresa, que podría propiciar que el empresario se prevaliera de su posición en la relación jurídico-laboral, pero permisiva de la tácita, que garantiza suficientemente la integridad del interés y del derecho a la tutela del trabajador.

La aludida sentencia tiene, no obstante, un voto particular que suscriben tres magistrados, lo que evidencia que se trata de una materia compleja y delicada de abordar. Un voto que se sustenta, fundamentalmente, sobre la idea del carácter tuitivo y compensador del Derecho del proceso laboral, que avalaría calificar o atribuir a la competencia terri-

torial carácter de orden público, susceptible de ser apreciada de oficio y respecto de la que no sería aceptable la sumisión tácita.

2. Ejecución de sentencias

2.1. *Ejecución de sentencias de despido*

La **STS 15-3-2004 (RC 1391/2003)**, reiterando el criterio contenido en la anterior de 22-3-2001 (RC 1687/2001) —con lo que se puede ya afirmar que se ha formado jurisprudencia en relación con esta materia—, clarifica una duda que suscitaba la calificación de la **readmisión extemporánea** como **readmisión irregular**. Se trata de dilucidar qué repercusiones tiene el hecho de que la readmisión por la que hubiere optado el empresario tras la calificación del despido como improcedente se comunique al trabajador una vez transcurridos los diez días desde la notificación de la sentencia que contenga dicho pronunciamiento, plazo al que se refiere el art. 276 LPL.

En el caso concreto la sentencia se había notificado a la empresa el 28 de diciembre de 2001, no habiendo la empresa comunicado al trabajador la readmisión hasta el 14 de enero, readmisión que en efecto se produjo el 27 de ese mismo mes. Instado por el trabajador incidente por readmisión irregular, el Juzgado dictó Auto rechazando dicha pretensión, por cuanto que el retraso no encajaba en los supuestos de readmisión irregular previstos en los arts. 227 y ss. LPL. El Tribunal Supremo reitera ahora que tal eventualidad sí constituye una readmisión irregular, pudiendo dar lugar a la extinción indemnizada de la relación laboral. Y aclara asimismo que el referido plazo de diez días a que alude el art. 276 LPL comprende el de cinco con el que el empresario cuenta para ejercitar la opción entre la indemnización y la readmisión del trabajador.

2.2. *Ejecución de sentencias con condena de futuro*

En la **STS 9-12-2003 (RC 3775/2002)** se aclara la duda sobre la procedencia de **ejecutar en sus propios términos** sentencias en las que se contengan **condenas de futuro**.

La sentencia cuya ejecución se pretendía en ese caso había declarado «el derecho que ostentan todos y cada uno de los actores a percibir el

complemento de destino nivel 21, en sustitución del de nivel 17 que vienen percibiendo, con los **incrementos que en el futuro se establezcan para nivel 21**, mientras sigan prestando sus servicios profesionales para el INSALUD, y sigan desempeñando funciones de técnico especialistas». Las cantidades de la condena fueron satisfechas por lo que se pretendía la ejecución exclusivamente respecto de la continuidad en el abono del complemento.

La Sala estima el recurso de casación formulado por los interesados, afirmando que el pronunciamiento de referencia ha de ser llevado a efecto en sus propios términos como ordena el art. 239 de la Ley de Procedimiento Laboral, mientras subsistan las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento del derecho, y que será la demandada condenada la que deba soportar la carga de acreditar del cambio de dichas circunstancias.

2.3. Pronunciamiento en fase de ejecución sobre salarios de tramitación

La STS 24-5-2004 (RC 4195/2003) afirma que los preceptos legales que establecen como efecto inherente al despido improcedente el abono de los **salarios de tramitación** no impiden que cuando la sentencia no fije la cuantía líquida de dichos salarios, y acuda en cambio a la fórmula genérica de condena de salarios de tramitación en los términos establecidos en la ley, se pueda concretar el importe por tal concepto en el **trámite de ejecución de sentencia**. Y, desde ese punto de vista, también es posible que en ese momento se proceda a declarar que no ha lugar al pago de cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación, por haberse acreditado que en el momento del despido se encontraba el trabajador en situación de **Incapacidad Temporal**. No en vano, como recuerda la Sala que dice la STS 1-3-2004 (RC 4846/2002), que a su vez alude a la de 28-5-1999, los salarios de tramitación están concebidos como cantidad de dinero a percibir como reposición de la falta de ingresos durante la tramitación del proceso que concluye con la declaración de improcedencia o nulidad del despido, razón por la cual, si el trabajador antes del despido estaba en IT, con el contrato en suspenso, no procederá condena al pago de salarios de tramitación, por no haber sufrido el trabajador despedido perjuicio alguno al percibir la prestación de la Seguridad Social.

Por su parte, la STS 5-5-2004 (RC 1957/2003) acepta que en la fase de ejecución se proceda al **descuento de lo percibido en otro empleo**

desempeñado con anterioridad a haberse dictado la sentencia que declaró la improcedencia del despido, en la que tampoco se cuantificó el importe líquido de los salarios de tramitación.

Esta sentencia tiene, no obstante, un voto discrepante, en el que se afirma que, habiéndose desempeñado el trabajo antes de dictarse sentencia, y no habiéndose alegado tal circunstancia en el acto del juicio, no es posible hacerlo luego en ejecución. En el voto se estima que tal solución es definitivamente imposible tras la nueva LEC, cuyo art. 286 sólo admite la **alegación de hechos nuevos** o de nueva noticia, precluidos los actos de alegación, antes de que comience el plazo para dictar sentencia. Por ello, no cabe alegar en ejecución la percepción de salarios por el trabajador para el período anterior a la fecha en que comenzó a correr el plazo para dictar sentencia y esta alegación sólo puede formularse en ejecución para el trabajo realizado con posterioridad a aquel momento.

3. Modalidades procesales

3.1. *Conflicto colectivo*

La adecuación o inadecuación de la **modalidad procesal de conflicto colectivo** como cauce para instrumentar pretensiones de naturaleza o alcance colectivo ha sido y sigue siendo una de las dudas más frecuentemente suscitadas a propósito de esta concreta modalidad procesal, como se pone en evidencia en crónicas precedentes.

En el período que abarca la presente crónica merece la pena resaltar, en relación con este interrogante, los supuestos enjuiciados en las **SSTS 5-12-2003 (RC 15/2003)** y **10-12-2003 (RC 3/2003)**.

En la primera de ellas se promovió el procedimiento de conflicto colectivo por la Sección Sindical de CCOO del Canal de Isabel II, con el fin de que se declarase el derecho de los integrantes de la candidatura del Sindicato demandante en las elecciones a miembros de la Comisión de Control del Plan de Pensiones de la empresa a obtener de la mesa electoral, tras la proclamación de las distintas candidaturas, el **censo electoral** del colegio de beneficiarios, esto es, los nombres y domicilios de estos últimos, con el fin de poder remitirles propaganda electoral. Se pedía asimismo la **nulidad del proceso electoral**, al haberse denegado la aludida petición, por no constar los domicilios en el censo, así como

por la especial protección que otorga la Ley 13/1995 a tales datos. El sindicato accionante mostró su discrepancia formal ante la mesa, reservándose el derecho a impugnar judicialmente las elecciones.

La Sala de lo Social de la AN apreció la excepción de incompetencia funcional, entendiendo que la pretensión hubiera debido encauzarse a través de la **modalidad procesal específica en materia electoral**, regulada en los arts.127 y ss. LPL. Interpuesto recurso de casación frente a dicha resolución, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo comienza por discrepar con la sentencia recurrida en cuanto a la aplicación analógica de las reglas sobre la modalidad procesal relativa a material electoral, limitada a las reclamaciones a que se refiere el art. 76 ET, esto es, a las surgidas con motivo de la elección de representantes unitarios en la empresa, lo que no concurría en este caso, en que se trataba de elegir miembros de la Comisión de Control de un Plan de Pensiones. Y en cuanto a la adecuación del proceso de conflicto colectivo, la propia Sala reconoce que ésta viene siendo una cuestión difícil y nada pacífica, y de análisis y resolución casuística, habría que añadir. Buena prueba de ello es que la Sala, recogiendo doctrina precedente, se centra en la aplicación de las líneas generales de dicha doctrina al caso concreto sometido a su consideración. Para concluir que el cauce procesal de conflicto colectivo elegido no es el adecuado, porque ni se trata de un conflicto de interpretación de una norma que afecte a un colectivo de trabajadores, máxime cuando la decisión proyecta sus efectos sobre personas —beneficiarios— que ni siquiera son trabajadores de la empresa, ni se constata la presencia o afectación de un interés colectivo. Por el contrario, el interés que está en juego es el del propio sindicato, que no actúa en defensa de los intereses de un grupo de trabajadores. En consecuencia, el conflicto hubiera debido dirimirse a través del proceso laboral ordinario.

En la segunda de las sentencias citadas, la **STS 10-12-2003 (RC 3/2003)** se llega a la misma declaración de **inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo**, en relación con la **impugnación de un laudo arbitral**, recaído en un procedimiento en el que había de dirimirse la legitimación de UGT y CCOO del País Valenciano para promover elecciones a delegados de personal y miembros de comités de empresa, y adoptado en el marco del Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de 9 de mayo de 2001.

De todos modos, lo que se cuestionaba en el recurso no era el fondo de la decisión adoptada por la comisión de tres árbitros, sino la validez

del sometimiento a arbitraje del asunto, así como la observancia de los principios básicos de este modo de dirimir controversias. La sentencia recurrida había anulado el laudo arbitral, por los motivos que se hacen constar en la propia sentencia de la Sala, que concluye, como se decía hace un momento, apreciando la inadecuación de procedimiento, que hubiera debido ser el de impugnación de convenios colectivos, a los que funcionalmente quedan asimiladas las soluciones alcanzadas mediante estas vías extrajudiciales de integración de los conflictos.

Por cierto, debe ponerse necesariamente en conexión esta sentencia con la de la propia Sala Cuarta de 10-3-2004 (RC 2/2003), ya comentada en esta misma crónica, que versa sobre el mismo conflicto que había dado lugar al laudo impugnado en el proceso del que trae causa la sentencia últimamente comentada.

3.2. *Procedimiento de oficio*

El art. 146 c) LPL permite iniciar de oficio el proceso en virtud «*de las comunicaciones de la autoridad laboral a las que se refiere el art. 149 de esta Ley*», y el art. 149.2 LPL señala que también se podrá iniciar el proceso de oficio con motivo de actas de infracción levantadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social «*en el caso de que las actas de infracción versen sobre alguna de las materias contempladas en los apartados ...2... del art. 96 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y el sujeto responsable las haya impugnado con base en alegaciones y pruebas de las que se deduzca que el conocimiento del fondo de la cuestión está atribuido al orden social de la jurisdicción según el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*».

La STS 1-12-2003 (RC 4595/2002), seguida por la posterior STS 26-4-2002 (RC 3790/2002), retomando argumentos contenidos en sentencias anteriores, que no contenían sin embargo doctrina sobre el particular problema que ahora se aborda, afirma que la finalidad del art. 149.1 LPL es configurar «*una especie de prejudicialidad devolutiva respecto de la decisión del procedimiento administrativo de imposición de sanciones*», lo que —«*mutatis mutandis*»— resulta predicable también del apartado 2 del citado art. 149 LPL, pues en ambos casos el legislador persiguió clarificar cuanto antes la cuestión relativa a la competencia para conocer del fondo de la cuestión suscitada en el **expediente de infracción**, evitando futuros conflictos competenciales.

Interpretado de modo finalista el art. 149.2 LPL ha de llegarse a la conclusión de que de lo que se trata es de que los Tribunales del orden social clarifiquen si ha existido o no —en el caso concreto— la situación de cesión ilegal, como cuestión prejudicial a efectos de que la Autoridad administrativa pueda resolver, a partir de ahí, si procede o no la sanción propuesta por la Inspección de Trabajo. Con ello se trata de evitar el planteamiento de **conflicto de competencia**, en el caso de que los Tribunales del orden contencioso-administrativo hubieran de resolver un recurso de esta naturaleza contra la resolución recaída en el expediente sancionador.

4. Proceso ordinario

4.1. Posibilidad de reconvención

La cuestión litigiosa que aborda la **STS 6-4-2004 (RC 1376/2003)** consiste en determinar la admisibilidad o no de la **reconvención** formulada por la parte demandada en el acto del juicio oral, sin haber sido anunciada previamente en el acto de conciliación, en el supuesto concreto en que dicho acto no se hubiese celebrado o en que las partes no hubiesen sido citadas al mismo.

La reforma introducida en el art. 85.2 LPL, ya preconizada en la Ley de Bases de Procedimiento Laboral 7/1989, de 12 de abril, ha consistido en exigir para la admisibilidad de la reconvención, que la misma haya sido anunciada, bien en la conciliación administrativa previa, bien en la contestación a la reclamación administrativa, con la finalidad de que la futura demanda de quien formula la reconvención no afecte a la garantía de defensa de la parte reconvencida. Aunque también en pro del principio procesal de celeridad.

Por otro lado, la negativa a la posibilidad de, sin cumplir tales presupuestos, formular reconvención, no origina indefensión alguna al demandado reconvenciente, que puede ejercitar su pretensión en un proceso independiente posterior.

Y en cuanto a la duda que pudiera suscitarse en los casos, como el de autos, en que no hubiera habido acto de conciliación o las partes no hubiesen sido citadas al mismo, debido al propio órgano administrativo, otros mecanismos de garantía, como pudiera ser la aplicación supletoria

del art. 438 LEC, conducirían a idéntica conclusión, pues en este último precepto citado se exige que la reconvencción se notifique al actor al menos cinco días antes de la vista. Y en este caso el demandante no puso en conocimiento del juzgado en dicho plazo su intención de formular demanda reconvenccional.

4.2. Plazo de prescripción de la acción y pendencia de recurso contencioso-administrativo

La cuestión analizada en la **STS 31-3-2004 (RC 3421/2003)** se centra en si la pendencia de **recurso contencioso-administrativo** frente a resolución recaída en ERE interrumpe la **prescripción** de la acción para reclamar ante la jurisdicción social las indemnizaciones adeudadas por la empresa. Formulada más genéricamente, la pregunta sería si en los supuestos en los que ha habido una decisión administrativa resolutoria de una cuestión de naturaleza laboral, la acción para reclamar aquello que la resolución administrativa reconoció a favor de los trabajadores corre desde la fecha de notificación de dicha resolución en todo caso, o si, por el contrario, si dicha resolución fue recurrida en vía contencioso-administrativa el período del recurso puede o no considerarse como interruptor de la prescripción, y por lo tanto el «dies a quo» se computa desde esta resolución judicial.

La Sala, a la vista del sentido y alcance de la ejecutividad de los actos administrativos y del instituto de la prescripción, llega a la conclusión de que no se puede deducir que haya prescrito la acción derivada del acto impugnado cuando ni el acto es firme, aunque sea ejecutivo, puesto que puede ser revocado, ni la acción para reclamar lo que de él se derive puede estimarse prescrita, cuando no se ha ejercitado por existir una duda fundada sobre la procedencia de obtener una tutela judicial efectiva sobre un derecho indefinido.

5. Recurso de casación

5.1. Infracción legal como fundamento del recurso

La **STS 10-5-2004 (RC 4686/2003)** declara que el Acuerdo Marco sobre mejora de las condiciones profesionales del personal de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos de 1998 no es una norma jurí-

dica susceptible de ser invocada en casación, entre otras consideraciones, porque no se trata de un convenio colectivo estatutario ni de un acuerdo alcanzado al amparo de la Ley 19/1987, conclusión que ya se contiene en la anterior **STS 23-1-2004 (RC 1986/2003)**.

6. Recurso de suplicación

6.1. *La afectación general como mecanismo de apertura del recurso*

Se trata sin duda de una de las doctrinas, aunque sería más correcto hablar de matización doctrinal, de más repercusión y trascendencia de las que se han sentado a lo largo de este período. Y aunque la misma se haya dictado con ocasión de procesos en materia de Seguridad Social, se ha estimado conveniente hacer en este momento, siquiera una breve referencia de síntesis a la misma.

En materia laboral, la doctrina sobre la **afectación general** contenida en la sentencia de la Sala General de 3-10-2003 se traslada y aplica en las **SSTS 20-11-2003 (RC 16/2003)**, **1-12-2003 (RC 482/2003)**, **19-12-2003 (RC 4808/2002)**, **20-1-2004 (RC 2676/2003)** o **7-2-2004 (RC 4807/2002)**.

Y en la más reciente **STS 30-4-2004 (RC 3381/2002)**, aludiendo a la síntesis contenida en la de 21 de octubre de 2003 (RC 959/2003), se contiene el siguiente resumen: 1.º la afectación generalizada ha de entenderse como una «situación de conflicto generalizado» apreciada por el Juez, existiendo el conflicto «aunque no se hayan incoado muchos procesos judiciales a consecuencia de la cuestión que la produce»; 2.º no es necesaria la «previa alegación de parte y la probanza de la afectación múltiple» en los supuestos de «*notoriedad*» de la misma, o de que el asunto «*posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes*»; 3.º no es necesario que la notoriedad sea «*absoluta y general*», como establece el art. 282.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que, a efectos del art. 189.1.b. LPL basta la apreciación de la misma en el Juzgado o tribunal encargado del enjuiciamiento; y 4.º la apreciación de la notoriedad corresponde, en principio, al Juez de lo Social, y corresponde también, al tratarse de materia de competencia funcional, a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, en vía de suplicación, y a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en vía de unificación de doctrina.