

## **SALA CUARTA**

# ÍNDICE SISTEMÁTICO

*Página*

---

## I. INTRODUCCIÓN

## II. DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

1. CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.....	229
1.1. Alcance de la responsabilidad salarial.....	229
1.2. Plazo para exigir la responsabilidad solidaria del contratista por deudas de la Seguridad Social del subcontratista .....	230
2. CONTRATO DE TRABAJO Y DERECHOS FUNDAMENTALES .....	230
2.1. Los límites de la libertad de expresión y del dere- cho a difundir información sindical.....	230
3. CONTRATOS TEMPORALES.....	232
3.1. Contrato para obra o servicio de duración determi- nada.....	232
3.2. Contrato de interinidad .....	232
3.3. Contratos fijos o indefinidos discontinuos .....	233
3.4. Igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos .....	233
4. CONVENIOS COLECTIVOS.....	235
4.1. Fijación de edades de jubilación obligatoria en convenio colectivo.....	235
4.2. Modificación de lo pactado durante la vigencia del convenio.....	236
4.3. Convenio de aplicación a la actividad de guardería desarrollada por un Ayuntamiento.....	236
4.4. «Personal fuera de convenio».....	237
4.5. Régimen jurídico aplicable a los convenios extra- estatutarios .....	238

	<i>Página</i>
5. DESPIDO .....	238
5.1. Despido objetivo, acuerdo de recolocación y responsabilidad del FOGASA .....	238
5.2. Cómputo de tiempo de servicios en virtud de sucesivos contratos temporales e indemnización por despido improcedente .....	238
5.3. Salarios de tramitación .....	239
5.4. Antigüedad y tiempo de tramitación .....	239
6. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	240
6.1. Regulación en convenio del preaviso en caso de dimisión del trabajador .....	240
6.2. Consecuencias de la anulación de la resolución administrativa recaída en un expediente de regulación de empleo .....	241
6.3. Eficacia liberatoria del recibo de finiquito .....	241
6.4. El cese de los empleados de Notarías por traslado del titular .....	242
7. FUENTES DE LA RELACIÓN LABORAL .....	242
7.1. Condición más beneficiosa .....	242
7.2. Contrato de trabajo con elemento extranjero .....	243
8. HUELGA .....	243
8.1. Delimitación y efectos del esquirolaje externo y alcance del derecho a difundir información sobre la huelga .....	243
9. LIBERTAD SINDICAL .....	244
9.1. Libertad sindical y «cláusulas de seguridad sindical» .....	244
9.2. Libertad sindical y participación en comisiones creadas en convenio .....	245
9.3. Impugnación de estatutos por similitud en la denominación del sindicato .....	247
9.4. Registro de estatutos de organización empresarial..	247
10. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO .....	248
10.1. Modificación sustancial de condiciones de trabajo frente a «ius variandi» empresarial .....	248
10.2. Modificación sustancial de condiciones de trabajo e imposición de un sistema de «teletrabajo» ....	249
10.3. Trabajos de superior categoría .....	250
11. PERÍODO DE PRUEBA .....	251
11.1. Aptitud ya acreditada en otra empresa vinculada.	251

	<i>Página</i>
12. RELACIONES LABORALES ESPECIALES .....	251
12.1. Artistas en espectáculos públicos .....	251
12.2. Personal de alta dirección .....	252
13. SALARIO .....	252
13.1. Estructura salarial y complementos retributivos...	252
13.2. Compensación y absorción salarial.....	253
13.3. Alcance de la responsabilidad del FOGASA .....	253
13.4. Principio de igualdad retributiva.....	253
14. SUBROGACIÓN EMPRESARIAL.....	254
14.1. Condiciones de trabajo aplicables tras una subro-	
gación .....	254
14.2. Sucesión de plantilla y sucesión de empresa.....	256
14.3. Subrogación convencional de la nueva concesio-	
naria.....	256
14.4. Subrogación y venta judicial.....	257
14.5. Plazo de prescripción para interponer la acción de	
nulidad de la subrogación .....	257
15. SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO .....	258
15.1. Incapacidad temporal, alta médica y declaración	
de Incapacidad permanente parcial.....	258
16. TIEMPO DE TRABAJO .....	259
16.1. Trabajo en domingos.....	259
16.2. Reducción de la jornada por guarda legal .....	260
16.3. Retribución de las horas extraordinarias.....	260
17. TRABAJO ASALARIADO .....	261
17.1. Trabajo asalariado y trabajo familiar .....	261
17.2. Peritos tasadores de seguros y contrato de trabajo...	262
18. TRASLADOS .....	262
18.1. Traslados y centros móviles o itinerantes .....	262

## II. SEGURIDAD SOCIAL

1. ACCIDENTE DE TRABAJO .....	264
1.1. Recargo en las prestaciones por falta de medidas	
de seguridad. El procedimiento no se suspende por	
la tramitación de un proceso penal sobre los mis-	
mos hechos .....	264
2. DESEMPLEO .....	265
2.1. Reducción de la jornada por guarda legal y cálculo	
de la prestación por desempleo .....	265

	<i>Página</i>
2.2. Trabajadores fijos discontinuos. Se protegen los periodos de ocupación entre campañas aunque no supongan pérdida de un empleo anterior.....	267
2.3. Subsidio de desempleo para mayores de 52 años de trabajadores inmigrantes. Se computan las cotizaciones efectuadas en Suiza por aplicación del Convenio Europeo de Seguridad Social.....	267
2.4. Socio de cooperativa de trabajo asociado. Cese definitivo por causas tecnológicas, económicas o de fuerza mayor. Ha de constatarse por la autoridad laboral .....	269
2.5. Trabajador en situación de excedencia voluntaria que presta servicios luego para otra empresa y es cesado en esta última por decisión empresarial. Situación legal de desempleo .....	270
3. ENCUADRAMIENTO.....	270
3.1. Cambio de encuadramiento de los vendedores de cupones de la ONCE: efectos retroactivos en la cotización y en las bases reguladoras de prestaciones .....	270
3.2. Inclusión en el RETA de un administrador ejecutivo de sociedad capitalista que posee más del 90% de las acciones aunque en los estatutos sociales el cargo no sea remunerado. Análisis de la Disposición Adicional 27. <sup>a</sup> LGSS según la redacción dada por la Ley 50/98. Sustitución del término «servicios retribuidos» por el de «lucrativo».....	272
4. INCAPACIDAD PERMANENTE.....	273
4.1. Base reguladora de los trabajadores fijos discontinuos durante el periodo en que no hay obligación de cotizar.....	273
4.2. Efecto positivo de la cosa juzgada. La contingencia declarada en un proceso de incapacidad temporal produce efecto vinculante en el de incapacidad permanente absoluta .....	274
4.3. Accidente de trabajo. Revisión de invalidez permanente por agravación. Secuelas ulteriores que por sí solas determinan el grado superior de invalidez. No se exige el cumplimiento de los requisitos de alta y cotización .....	274

	<i>Página</i>
5. MEJORAS VOLUNTARIAS.....	275
5.1. Convenio colectivo de banca privada. Derecho al rescate o movilización de los fondos internos constituidos por la empresa para atender los compromisos por pensiones.....	275
5.2. Concurrencia de extinción del contrato de trabajo indemnizado como despido improcedente y reconocimiento de una incapacidad permanente con derecho a indemnización prevista en el convenio colectivo. Compatibilidad.....	276
6. INCAPACIDAD TEMPORAL.....	277
6.1. Compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal en el RGSS con el mantenimiento del alta en el RETA sin trabajo efectivo .....	277
6.2. Responsabilidad empresarial por falta de alta durante el período correspondiente a los salarios de tramitación por despido improcedente reconocido en conciliación administrativa.....	278
6.3. Cuantía del subsidio. Reforma del art. 222.1 LGSS operada por la Ley 24/01. No se aplica a la prestación de incapacidad temporal causada antes de la entrada en vigor de la Ley .....	279
6.4. Incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Responsabilidad subsidiaria del INSS cuando el empresario tiene cubierta la contingencia con una Mutua y es declarado responsable directo del pago de la prestación.....	280
6.5. Contingencia. Ertzaina que sufre trastornos psíquicos. Es aplicable el art. 115.2 e) LGSS .....	281
7. MUERTE Y SUPERVIVENCIA.....	282
7.1. Desaparición en accidente y declaración de fallecimiento .....	282
7.2. Pensión de viudedad. Reconocimiento a ex cónyuge que convivió maritalmente con otra persona antes del fallecimiento del causante .....	283
7.3. Pensión de viudedad en casos de separación matrimonial decretada por el juzgado civil competente. Se concede en proporción al tiempo de convivencia legal, sin surtir efectos la reanudación de convivencia acordada por los ex cónyuges pero no ratificada como reconciliación por el juzgado .....	284

	<i>Página</i>
7.4. Pensión de viudedad solicitada por quien contrajo matrimonio según el rito de la Iglesia Evangélica en el año 1989 y no lo inscribió en el Registro Civil ...	285
7.5. Pensión de orfandad. No reconocimiento en los supuestos de acogimiento familiar permanente.....	286
8. PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS.....	287
8.1. Pensión de jubilación no contributiva. No constituye unidad económica de convivencia el hecho de que la solicitante y dos hermanos suyos convivan en una residencia de ancianos .....	287
8.2. Grado de minusvalía. Solo cabe modificarlo cuando se produzca una agravación o mejoría de las lesiones o transcurra el plazo establecido para ello, aunque entre tanto haya cambiado la normativa sobre valoración de minusvalías.....	288
8.3. Ejecución de sentencia. Reintegro de pensiones indebidamente percibidas. Límite para la retención .....	289
9. PERSONAL AL SERVICIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL .....	290
9.1. Personal estatutario. Reconocimiento de servicios previos en situación de interinidad. Sus efectos no pueden retrotraerse a una fecha anterior a aquella en la que se obtuvo la plaza en propiedad.....	290
9.2. Tiempo de trabajo. Derecho al descanso de los médicos en situación de guardia localizada cuando ha habido una efectiva prestación de servicios .....	291
9.3. Vacaciones. No tienen derecho a ser retribuidos por tal concepto los médicos eventuales contratados para atención continuada.....	291
9.4. Funcionario interino transferido al SERVICIO GALLEGOS DE SALUD. Pierde el derecho a mantener las superiores condiciones retributivas.....	292
9.5. Trienios de médico de cupo y zona que se integra en equipo de atención primaria .....	293
9.6. SERVICIO ANDALUZ DE SALUD. Cómputo de los días de libre disposición a los efectos de la jornada máxima anual .....	293
9.7. Jubilación (complemento de pensión).....	294
9.8. Cuotas colegiales .....	295
10. RÉGIMEN ESPECIAL AGRARIO .....	296
10.1. Reconocimiento de prestaciones de viudedad y orfandad cuando el causante no se encontraba al	

corriente en el pago de cuotas a la fecha del hecho causante, con un descubierto superior a los seis meses, pero éstas fueron abonadas con posterioridad. Desigualdad de trato en relación con el RETA.....	296
11. RÉGIMEN ESPECIAL DE LA MINERÍA DEL CARBÓN .....	298
11.1. Pensionista de incapacidad permanente total por silicosis que después obtuvo la jubilación por ese Régimen. No procede la revisión por agravación para el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta.....	298
12. RÉGIMEN ESPECIAL DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS .....	298
12.1. Doctrina del paréntesis. Inaplicación al trabajador autónomo durante los periodos en que no existió obligación de cotizar .....	298
12.2. La acción protectora del RETA no se extiende a la incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad común.....	299

### III. PROCESO SOCIAL

1. COMPETENCIA JURISDICCIONAL .....	300
1.1. Tutela de la libertad sindical del personal al servicio de la Administración y del personal estatutario.	300
1.2. Cooperativas de trabajo asociado .....	301
1.3. Jura de cuentas .....	302
1.4. Competencia del orden social para conocer de la reconversión del empleador .....	302
1.5. Empresa que de manera unilateral procede a descontar las cantidades que estima le son adeudadas por los trabajadores en relación a las retenciones del IRPF .....	303
1.6. Competencia objetiva.....	304
1.7. Competencia jurisdiccional y doble vínculo contractual.....	304
1.8. Personal estatutario de la Seguridad Social. Competencia del orden social para conocer de la pretensión indemnizatoria por no haber realizado una jornada de cuarenta horas de conformidad con el Acuerdo entre la Administración Sanitaria	

del Estado y las Organizaciones Sindicales en el que se establecía una jornada de 1.645 horas anuales para el turno diurno.....	304
1.9. Mejoras voluntarias. Aseguramiento de riesgos profesionales concertado por quien no tiene la condición de empresario. No es mejora voluntaria y compete a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los litigios surgidos de tal aseguramiento .....	306
1.10. Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer sobre la nulidad de una orden del SERVICIO DE SALUD que asigna unas determinadas funciones técnicas a desempeñar .....	307
2. PARTES PROCESALES .....	308
2.1. Litisconsorcio pasivo necesario: la empresa debe ser parte en proceso de accidente de trabajo donde el trabajador reclama un determinado grado de invalidez ..	308
3. PROCESO ORDINARIO.....	308
3.1. Reconvenición y excepción de compensación .....	308
3.2. Plazo de prescripción de la acción y pendencia de recurso contencioso-administrativo.....	309
3.3. La prueba del derecho extranjero .....	310
3.4. Administración pública que alega sorpresivamente en el acto del juicio la excepción material de prescripción. Infracción del art. 72.1 LPL .....	311
4. MODALIDADES PROCESALES.....	312
4.1. Caducidad de la acción de despido por error en la resolución administrativa.....	312
4.2. Subsanación del despido: plazo civil .....	313
4.3. Despido: plazo para el ejercicio de la acción.....	314
4.4. Conflicto colectivo .....	315
4.5. Procedimiento de oficio.....	316
4.6. Procedimiento de tutela de la libertad sindical .....	316
5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN .....	318
5.1. La afectación general como mecanismo de apertura del recurso .....	318
5.2. Obligación del Estado de constituir el capital coste de renta ex art. 192.2 LPL.....	319
6. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA..	320
6.1. Plazo de personación en el recurso de casación unificadora .....	320

---

	<i>Página</i>
6.2. Firmeza de la sentencia de contraste.....	320
6.3. Actos de comunicación y casación por quebrantamiento de forma.....	321
6.4. Alcance de la contradicción en los despidos disciplinarios .....	321
7. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS .....	322
7.1. Sentencia recaída en conflicto colectivo y ejecución individual .....	322
7.2. Ejecución de sentencia de despido: carácter hábil del mes de agosto .....	323

## I. INTRODUCCIÓN

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha llevado a cabo a lo largo del año judicial 2004-2005, que en breve toca a su fin, una importante labor doctrinal, tanto en volumen de sentencias como en lo que respecta al interés, jurídico y también social, de las cuestiones sobre las que se ha pronunciado, y al sentido en que lo ha hecho.

No debe olvidarse, sin embargo, que la finalidad de la presente crónica es proporcionar una visión panorámica de esa labor desarrollada por el Tribunal Supremo en el ámbito del ordenamiento laboral, razón por la cual las sentencias que aquí se traen a colación son el resultado de una labor selectiva desarrollada por los firmantes —a quienes por ello deben imputarse los errores u omisiones— y no un recuento exhaustivo. Desde luego, en el ánimo de quienes suscribimos las siguientes líneas ha estado en todo momento que ese balance fuera un reflejo fiel de la actividad jurisdiccional de la Sala Cuarta en el período temporal acotado.

Un dato previo merece ser resaltado. El dinamismo que siempre ha caracterizado a este sector del ordenamiento jurídico que es el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social ha dado lugar una vez más a tal variedad y riqueza de cuestiones litigiosas que es difícil reconducir a una exposición concisa. Y que ha hecho necesario abordar junto a los viejos problemas, cuestiones o conflictos nuevos, surgidos a propósito o en

---

La elaboración de la Crónica de la Sala Cuarta ha sido realizada por D.<sup>a</sup> Carolina MARTÍNEZ MORENO, D.<sup>a</sup> Carmen MURILLO GARCÍA y D.<sup>a</sup> Dolores REDONDO VALDEÓN, Letradas del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la coordinación de los Ilmos. Sres. D. Juan Manuel SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA y D. Manuel FERNÁNDEZ-LOMANA Y GARCÍA, Magistrados del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Joaquín SAMPER JUAN, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

relación con la mayor parte de las instituciones o aspectos de las relaciones laborales. Además, también en la forma de enfocar y resolver esos problemas, la Sala Cuarta no ha perdido la oportunidad de renovar, actualizar o matizar sus propios criterios de interpretación precedentes.

Así, y a pesar de la estrechez del cauce por excelencia de elaboración doctrinal de esta Sala, que es el recurso de casación para la unificación de doctrina, se han abordado cuestiones relativas a los sujetos de la relación laboral, donde la delimitación de la noción de trabajador asalariado, las relaciones laborales especiales o los fenómenos inter-empresariales, particularmente los que se derivan del trabajo en contratas y la descentralización productiva, o de la subrogación por cambio del titular de la empresa, siguen suscitando constantes y nuevos problemas. Han aparecido asimismo pronunciamientos referidos al sistema de fuentes reguladoras de la relación de trabajo, al contrato de trabajo, su contenido y vicisitudes —resulta de interés una sentencia que delimita la noción de traslado y desplazamiento en empresas con centros móviles o itinerantes—; a las modalidades de contratación, donde destacan las sentencias en las que se delimita el contrato fijo discontinuo frente a los contratos temporales y al propio contrato indefinido ordinario, o de las que abundan en la aplicación del principio de «normalización igualitaria» entre trabajadores fijos y temporales, impuesto por la normativa comunitaria. Como no podía ser de otro modo, la extinción de la relación laboral y el despido, siguen ocupando una buena parte de la labor de los tribunales del orden social y, claro está, también de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. En este concreto ámbito, son significativas las sentencias que resuelven conflictos sobre los salarios de tramitación. Y en cuanto a las instituciones del sistema de relaciones laborales, la negociación colectiva —con singulares pronunciamientos sobre la modificación de las condiciones de trabajo en ella reguladas, y el denominado «personal fuera de convenio»— y la libertad sindical, en particular cuando se suscitan problemas de discriminación —en el período, a propósito de las «cláusulas de seguridad sindical» y de la participación en comisiones creadas en convenio colectivo—, siguen siendo materias siempre abiertas a la interpretación y expuestas al conflicto.

Pero si hubiera que elegir unas pocas resoluciones especialmente dignas de resaltar —tarea que no resulta precisamente fácil—, podría decirse que las sentencias emblemáticas del período serían las relativas a los límites de derecho necesario para la retribución de las horas extraordinarias, que ponen fin a un panorama de incertidumbre; las que fijan

los efectos sobre el complemento de antigüedad de la reducción de jornada por guarda legal; la que determina la nulidad de un período de prueba de una trabajadora que ya había previamente acreditado su aptitud en una empresa «vinculada»; la que se pronuncia sobre la nulidad de la modificación de las condiciones de trabajo derivada de la implantación de un sistema de «teletrabajo», que permite a la Sala teorizar sobre su relación con el trabajo a domicilio, y sobre su naturaleza y efectos; las que se hacen eco de la tesis del TJCE sobre la denominada «sucesión de plantillas» como fenómeno que provoca la subrogación empresarial; y, en fin, la referida al registro de los Estatutos de una asociación empresarial denominada «Mesalina», destinada a integrar a empresas y establecimientos que prestan servicios para el desarrollo por cuenta propia de la actividad de alterne y prostitución.

Sin embargo, casi a punto de cerrarse esta crónica, se ha dictado una sentencia que está llamada a protagonizar y ser objeto central de numerosos comentarios doctrinales, aunque aún sea difícil pronosticar sus efectos sobre la evolución de los criterios de interpretación de la propia Sala. En dicha sentencia se aborda la trascendental cuestión del alcance y limitación del ejercicio de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, en concreto a propósito del despido disciplinario de unos representantes de los trabajadores por distribuir un panfleto sindical en el que se contenían frases ofensivas e insultantes contra directivos de la empresa, que la mayoría de la Sala considera exceden del ámbito de licitud de la libertad de expresión. Este pronunciamiento tiene también un especial interés por lo que se refiere al propio alcance y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina en relación con los despidos disciplinarios, que motiva que se formule un voto particular frente al parecer mayoritario de la Sala.

En materia de Seguridad Social hay que destacar varios cambios jurisprudenciales importantes. El primero, en relación con el reconocimiento de las prestaciones de muerte y supervivencia en el Régimen Especial Agrario cuando el causante no se encuentra al corriente en el pago de cuotas, con un descubierto superior a los seis meses, pero las cotizaciones son ingresadas posteriormente. La Sala ha rectificado la doctrina mantenida hasta entonces que venía exigiendo el cumplimiento de tal requisito, aun cuando estuviese cubierta la carencia, en un Régimen que no prevé el mecanismo de invitación al pago establecido para los trabajadores autónomos. También se ha puntualizado la doctrina existente sobre la compatibilidad entre las indemnizaciones por despido

y las previstas en el convenio colectivo como mejoras voluntarias cuando la correspondiente pensión es reconocida con posterioridad al acto extintivo. Igualmente ha sido objeto de matización, con motivo de la STC 125/03, la jurisprudencia relativa al reconocimiento de la pensión de viudedad respecto de quien fue cónyuge del causante y vivió maritalmente con otra persona antes del fallecimiento, fecha en la que ya había cesado la convivencia. Asimismo la Sala establece el criterio a seguir, rectificando el anterior, para el cálculo de la base reguladora de la prestación de desempleo en los supuestos de extinción del contrato de trabajo durante la vigencia de una reducción de jornada por guarda legal de hijo menor de seis años. Y por último, se ha revisado la doctrina anterior sobre el cómputo de cotizaciones realizadas a la Seguridad Social suiza para acceder al subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

Aunque en mayo de 2004 hubo un primer pronunciamiento, se reitera la jurisprudencia referente a la interpretación de la Disposición Adicional 27.<sup>a</sup> LGSS en relación con el encuadramiento en el RETA de los administradores de sociedades capitalistas. Y, como novedad jurisprudencial relevante, la Sala se ha pronunciado sobre la cuantía de la prestación de incapacidad temporal a raíz de la vigencia de la Ley 24/01 que modificó el art. 222.1 LGSS.

Por lo que se refiere a las pensiones, se deniega el derecho al reconocimiento de la pensión de orfandad en casos de acogimiento familiar permanente; no se reconoce la pensión no contributiva de jubilación a los hermanos que conviven en una residencia de ancianos; la de viudedad, en supuestos de separación matrimonial decretada judicialmente, debe concederse proporcionalmente al tiempo de convivencia legal, aunque los cónyuges se hubieran reconciliado (sin ratificación por el juzgado); y no cabe modificar el grado de minusvalía previamente reconocido, salvo por agravación o mejoría, no obstante el cambio normativo operado sobre los baremos de valoración.

El personal estatutario ha dado lugar a numerosos pronunciamientos de la Sala —en unos casos sobre materias ya resueltas, como las cuotas colegiales, y en otros, sobre temas nuevos— entre los que interesa destacar los relativos al reconocimiento de servicios previos en situación de interinidad y la fecha de retroacción de sus efectos económicos; el derecho al descanso por los servicios efectivamente prestados en régimen de guardias localizadas; y el cómputo de los días de libre disposición en el SERVICIO ANDALUZ DE SALUD a los efectos de la jornada máxima anual.

Finalmente, en relación con los Regímenes Especiales de la Seguridad Social la Sala ha declarado que a los pensionistas de incapacidad permanente total por silicosis, posteriormente jubilados, no cabe reconocerles una incapacidad permanente absoluta por agravación; que no es aplicable la doctrina del paréntesis a los trabajadores autónomos durante los periodos en que no existe obligación de cotizar; y que la acción protectora de ese Régimen no es extensiva a la incapacidad permanente parcial por la contingencia de enfermedad común.

Por fin, no puede dejarse de subrayar otra característica de la actividad de la Sala Cuarta en este curso judicial que termina, y que es el diálogo establecido entre el Tribunal Supremo y otros órganos con funciones jurisdiccionales o de fijación del alcance de ciertas normas laborales, con los que no siempre las relaciones de intercambio de pareceres sobre la interpretación y aplicación del derecho han sido fluidas. Y así, se advierte en algunas sentencias de la Sala el acomodo de los criterios de solución a la doctrina del Tribunal Constitucional emanada del recurso de amparo —véase el caso de la igualdad retributiva, de la ya aludida pensión de viudedad o de las consecuencias de la falta de prueba del derecho extranjero aplicable—; y también van siendo cada vez más frecuentes —como no podía ser de otro modo— las referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, con cuyas tesis, en algún concreto caso, esta Sala Cuarta sigue manteniendo una postura ambivalente, de acatamiento a pesar de las discrepancias.

## II. DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES

### 1. Contratas y subcontratas

#### *1.1. Alcance de la responsabilidad salarial*

Lo que es o no salario a los efectos de delimitar el alcance de la **responsabilidad solidaria** establecida en el art. 42 ET para el **trabajo en contratas** sigue siendo una cuestión litigiosa. En la **STS de 23-12-2004 (Rc 4525/03)** se afirma dicho carácter y no el indemnizatorio, y por tanto, se extiende la responsabilidad a la empresa comitente o principal —Telefónica de España, S.A.—, por las cantidades adeudadas por la contratista correspondientes a la compensación por vacaciones no disfrutadas [SSTS de 20-5-1998 y 9-7-2002].

La **STS de 9-3-2005 (Rc 6537/03)** abunda en esta idea, con una batería de argumentos que recuerdan la tradición jurídica de nuestro ordenamiento, que recogen hoy los arts. 26 y 38 ET, pero que han de ser asimismo interpretados de acuerdo con los textos internacionales en la materia, en particular del art. 132 OIT. No en vano en todos ellos se reconoce el derecho al disfrute de vacaciones «retribuidas».

### ***1.2. Plazo para exigir la responsabilidad solidaria del contratista por deudas de la Seguridad Social del subcontratista***

La responsabilidad solidaria del empresario principal y del contratista por deudas salariales y de seguridad social, contraídas por el segundo durante el período de vigencia de la contrata, está sometida, conforme dispone el art. 42.2 ET, al plazo de prescripción de un año, que comienza a contar a partir del término de la contrata.

El problema que se suscita en la **STS, Sala Tercera, de 4-10-2004 (Rc 65/04)** es si dicho plazo se interrumpe como consecuencia de las actuaciones administrativas llevadas a cabo por la TGSS para el cobro de la deuda, en concreto en el caso, un requerimiento a la empresa principal, haciéndole presente su obligación de pago de las cuotas adeudadas por la contratista. Cuestión a la que la Sala Tercera del Tribunal Supremo otorga solución afirmativa, considerando que dicha actuación interrumpe, efectivamente, el referido **plazo de prescripción**.

## **2. Contrato de trabajo y derechos fundamentales**

### ***2.1. Los límites de la libertad de expresión y del derecho a difundir información sindical***

La cuestión planteada en el recurso de casación para la unificación de doctrina que resuelve en sentido favorable a la pretensión empresarial la **STS de 20-4-2005 (Rc 6701/03)** tiene que ver con el alcance y los límites del derecho de **libertad sindical** de los representantes de los trabajadores, en su vertiente de distribución de **información sindical**. Y más en concreto, se trata de determinar si tal derecho, junto al de **libertad de expresión**, amparan la distribución de un panfleto o comunicado sindical en el que se contienen calificativos insultantes y frases despec-

tivas y vejatorias contra la empresa y sus directivos, y otros sindicatos implantados en la empresa.

La Sala, en su mayoría, salva primero el escollo que supone la apreciación de la existencia de la contradicción que es presupuesto para la admisión a trámite del recurso de casación para la unificación de doctrina, al tratarse de la calificación de conductas a efectos de despido disciplinario, materia sobre la que la doctrina constante de la propia Sala venía declarado que carecía de interés casacional, por el casuismo y la necesaria individualización de las conductas y graduación de su gravedad, y la consiguiente dificultad de encontrar dos supuestos idénticos en el sentido y con el alcance del art. 217 LPL. Y lo hace sobre una premisa que podría sintetizarse —aun a riesgo de perder fidelidad a los razonamientos contenidos en la sentencia que se comenta— diciendo que, al invocarse la nulidad del despido por lesión de derechos fundamentales, no se trata tanto de la comparación y valoración individualizada de conductas motivadoras de un despido disciplinario, cuanto de determinar si el ejercicio del derecho ha desbordado o no los límites de la licitud, y se ha producido o no su lesión. Y respecto de estas cuestiones, sí concurre la identidad sustancial necesaria.

Procedida a la apertura del recurso, respecto de la cuestión de fondo la Sala parte de la afirmación de la virtualidad de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, y, como contrapartida, de la necesidad de modular el ejercicio de los mismos dado el marco de desenvolvimiento que supone el contrato de trabajo, todo ello, de conformidad con una reiterada doctrina constitucional. Pero se prescinde, en cambio, de otras consideraciones —algunas manejadas con frecuencia por el TC y otras contenidas en la propia Sala de suplicación que se recurre—, como el hecho de que sean un sindicato y dos representantes de los trabajadores los que profieran y distribuyan el material donde se contienen las frases insultantes u ofensivas, o el hecho de que las mismas figuren en una página *webb* cuya autoría material no consta; la proximidad de las elecciones sindicales en la empresa, y el contexto de conflicto enconado en que se produce la difusión de los comunicados; la intencionalidad o, en fin, la tradición en los usos del lenguaje sindical. Se podría decir que se procede así a la objetivación de los límites de la libertad de expresión en ejercicio de la actividad sindical que impone el contrato de trabajo, de manera que ni siquiera la «pugna sindical» ampara la ofensa, la descalificación gratuita, el insulto o la injuria.

Como se dejaba insinuado hace un momento, a la sentencia de referencia acompaña un voto particular formulado por cuatro magistrados, que muestran su discrepante opinión, no respecto del fondo, sino de la cuestión previa relativa al juicio de contradicción. Y que, en esencia, partiendo de la doctrina constante y uniforme de la Sala a este respecto, se reafirma en que no existe en este caso diferencia alguna con el enjuiciamiento de cualquier otro despido disciplinario, pues en definitiva se trata de valorar la conducta del trabajador, a la vista de las concretas circunstancias del caso, añadiendo la valoración sobre la existencia de la lesión del derecho fundamental, labor que también exige una ponderación individualizada y gradualista, lo que se ilustra con numerosos casos tomados de la doctrina constitucional, del TEDH y de la propia Sala Cuarta, estos últimos referidos a despidos con invocación de lesión de derechos fundamentales en los que se apreció la falta de identidad y, consiguientemente, de contradicción.

### 3. Contratos temporales

#### 3.1. *Contrato para obra o servicio de duración determinada*

La **STS de 15-11-2004 (Rc 2620/03)**, referida a un colectivo que está provocando numerosos litigios, no sólo por la naturaleza temporal o indefinida del contrato, sino por el carácter laboral o no de su relación, declara la existencia de despido improcedente en el cese de **veterinarios** contratados por TRAGSA en virtud de **contratos para obra o servicio determinados**, para la «asistencia técnica, acreditación y actitud (sic.) sanitaria para el movimiento pecuario de la anualidad 2002». La razón es que en la comunicación de cese se aludía al fin de la obra o servicio por referencia a una actividad que no coincidía con la delimitada en el contrato, esto es, por la falta de correspondencia entre el objeto del mismo y la causa extintiva alegada.

En la **STS de 31-1-2005 (Rc 4715/03)** se reitera esta solución.

#### 3.2. *Contrato de interinidad*

En un supuesto de contratación de personal por el Ministerio de Defensa, al amparo del RD 2205/1980, de 13 de junio, que regula la

relación del **personal civil no funcionario al servicio de la Administración militar**, y que ya anticipó la bifurcación causal del contrato de interinidad entre **interinidad por vacante** y por sustitución, la **STS de 21-3-2005 (Rc 1198/04)** califica la relación como indefinida, puesto que el trabajador fue contratado en el año 1994, mediante un contrato de interinidad por vacante, «hasta que la plaza se cubriera reglamentariamente», pero sin concretar ni identificar suficientemente dicha vacante, cuya cobertura no se ha intentado en todo ese tiempo.

### *3.3. Contratos fijos o indefinidos discontinuos*

Las **sentencias de 26-10-2004 (Rc 3878/03), 12 y 26-11-2004 (Rc 4669 y 5031/03) y 2-12-2004 (Rc 5985/03)**, reiterando doctrina contenida en la de 4-5-2004, declaran el carácter indefinido discontinuo de la relación de un trabajador de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, sucesivamente contratado con carácter temporal para llevar a cabo labores de asistencia al contribuyente en las campañas de la renta en años sucesivos.

Respecto de una profesora de preescolar de una guardería infantil, sucesivamente contratada mediante contratos de obra o servicio, coincidiendo con el período lectivo de los cursos académicos, e interrumpiendo la actividad sólo en el mes de agosto, la **STS de 20-4-2005 (Rc 1075/04)** opta por calificar el contrato como fijo ordinario y no fijo discontinuo, por aplicación del art. 15.8 ET, añadido por la Ley 12/2001, que asocia **trabajo fijo discontinuo** a la reiteración de la actividad en fechas inciertas. Por otro lado, la prestación durante once meses al año y en horario no inferior a los demás profesores, difícilmente justificaban la aplicación del art. 12.1 ET. En definitiva, la prestación de la actora coincide con la actividad normal, habitual y permanente de la institución educativa.

### *3.4. Igualdad de trato entre trabajadores temporales y fijos*

La reciente **STS de 7-4-2005 (Rc 1149/04)** constituye una buena muestra de la labor de la Sala Cuarta en la aplicación del **principio de «normalización igualitaria»** entre trabajadores temporales e indefinidos impuesto por la Directiva 1999/70/CEE, relativa al Acuerdo Marco

sobre trabajo de duración determinada, y trasladada al ordenamiento interno español por la Ley 12/2001. La sentencia reconoce el derecho de los trabajadores temporales de la entidad Correos y Telégrafos, S.A. a la paga de resultados correspondiente al año 2000, que vienen percibiendo el personal funcionario y el laboral fijo.

Sin embargo, la **STS de 28-2-2005 (Rc 1468/04)**, referida a una reclamación del complemento de antigüedad por trabajadora temporal al servicio de la misma entidad —Correos y Telégrafos—, aplica la doctrina sobre la relevancia de la existencia de períodos de interrupción entre unos y otros contratos superiores a veinte días, doctrina que fue de inmediato corregida en sentencia dictada en **Sala General** de fecha **16-05-05 (R. 2425/04)**.

Por su parte, la **STS de 9-3-2005 (Rc 31/04)**, y en relación con el derecho a percibir un «complemento de puesto de trabajo» por los trabajadores temporales y de nuevo ingreso de la empresa ALCAMPO, S.A., a la que resulta de aplicación el Convenio colectivo de Grandes Almacenes, sostiene que la exigencia de un plazo de permanencia en la empresa constituye una exigencia objetiva que supera el test de razonabilidad. En la empresa rige asimismo un pacto sobre el denominado «Sistema de Desarrollo Profesional», que exige, entre otras condiciones, un tiempo de vinculación en la empresa para el devengo de ciertas percepciones. La sentencia comentada hace un completo repaso por la doctrina constitucional en relación con el alcance de los principios de **igualdad y no discriminación** en las relaciones laborales, y toma en consideración, a su vez, la repercusión de la Ley 12/2001 en relación con la igualación de los derechos de los trabajadores fijos y temporales. Y concluye, en fin, aclarando que no presenta el supuesto controvertido analogía o similitud con el de la fijación de «dobles escalas» para los complementos de antigüedad por razón de la fecha de ingreso en la empresa, cuestión sobre la que, como se sabe, existe doctrina reiterada declarando la nulidad de las cláusulas convencionales que establecen tal diferencia.

Y en relación con la participación de los trabajadores temporales en un **sistema complementario de previsión**, la **STS de 13-10-2004 (Rc 148/03)**, recaída en procedimiento de conflicto colectivo suscitado en la entidad BANCAJA, recuerda que la STC 104/2004, referida al personal de la Caja Insular de Ahorros de Canarias, estimó el recurso de amparo y declaró el derecho de igualdad ante la ley de los trabajadores de aque-

lla entidad que iniciaron su prestación mediante contrato de duración determinada. Coherente con esa solución, el TS estima el recurso del sindicato actuante, y reconoce también el derecho de los trabajadores de nuevo ingreso con contrato temporal de BANCAJA a disfrutar del sistema de previsión complementaria en iguales condiciones que el resto de los trabajadores.

## 4. Convenios colectivos

### *4.1. Fijación de edades de jubilación obligatoria en convenio colectivo*

Aunque se trate de una cuestión abordada y resuelta en sentencias que corresponden al año judicial precedente, merece la cita la **STS de 2-11-2004 (Rc 2633/03)**, que además de sintetizar la doctrina anterior, introduce una importante aclaración, al llamar la atención sobre el hecho de que, si bien la derogación de la DA 10.<sup>a</sup> ET se contiene en la Ley 12/2001, la misma fue ya anticipada por el antecedente inmediato de esa ley que es el RDL 5/2001, de cuya tramitación parlamentaria resulta la Ley 12/2001. De tal manera que, aunque la ley entra en vigor el 11 de julio de 2001, ya en el mes de marzo, en concreto, el 4 de marzo, fecha de entrada en vigor del RDL 5/2001, se había operado la desaparición de la referida disposición.

El segundo importante matiz añadido por esta sentencia es el referido al alcance temporal del desapoderamiento o inhabilitación a la autonomía colectiva para pactar cláusulas de **jubilación forzosa** que la derogación de la DA 10.<sup>a</sup> supone. Respecto de los convenios vigentes antes de la fecha de la derogación, las sentencias precedentes reconocían la pervivencia de las cláusulas en cuestión, por el tiempo de duración del convenio. Pero tales cláusulas no pueden mantenerse ya en futuras revisiones o renovaciones de dichos convenios.

En el caso, el acuerdo de renovación del convenio que entró en vigor el primero de enero de 2002, estaba ya plenamente afectado por la prohibición de pactar o mantener la cláusula de jubilación obligatoria del art. 61, lo que conduce a la calificación del cese o baja del trabajador al cumplir sesenta y cinco años como un despido improcedente.

La serie de sentencias referidas a la jubilación pactada en convenio colectivo se cierra, por ahora, con las **SSTS de 2-12-2004 (Rc 339/04)**,

que otorga validez a una cláusula adoptada antes de la derogación de la DA 10.<sup>a</sup> ET, y de **15 y 20-12-2004 (Rc 6506/03 y 5728/03)**.

#### ***4.2. Modificación de lo pactado durante la vigencia del convenio***

La cuestión central que se resuelve en la **STS de 18-10-2004 (Rc 191/03)** es la relativa a la **posibilidad de modificar durante su vigencia un convenio colectivo**, en concreto, el IV Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia. Y la Sala lo hace aplicando la doctrina contenida en las SSTs de 21-2-2000 y 30-6-1998, en las que, por cierto, la controversia se dirime teniendo predominantemente en cuenta la naturaleza contractual que el convenio añade a su carácter de norma. Así pues, como cualquier otro pacto, el convenio puede verse alterado antes del término de su vigencia si existe a ese respecto acuerdo entre las partes (art. 1.203 CC). A mayor abundamiento, la Sala esgrime una previsión contenida en el propio convenio modificado, en cuya disposición adicional undécima autorizaba a la realización de modificaciones en su contenido como la que se cuestiona.

Como cuestión adicional se pronuncia la Sala sobre la validez de la entrada en vigor de dicha modificación el mismo día de la publicación oficial del nuevo texto del convenio, con fundamento en el art. 2.1 CC, lo que resulta compatible, con toda probabilidad, con lo dispuesto en el propio art. 86 ET.

#### ***4.3. Convenio de aplicación a la actividad de guardería desarrollada por un Ayuntamiento***

Respecto de un complejo problema y con una polémica solución — como prueba la inserción de un voto particular en la sentencia que se menciona, dictada por la Sala General— se pronuncia la **STS de 7-10-2004 (Rc 2182/03)**, que declara de aplicación del Convenio Estatal de Centros de Asistencia de Educación Infantil a una maestra que prestaba servicios para una guardería dependiente de un Ayuntamiento andaluz. No se considera obstáculo alguno que el empleador en este caso no sea una empresa privada, sino una Corporación local, a cuyas relaciones laborales se han de aplicar las previsiones del ordenamiento laboral; ni que tal condición le impida al Ayuntamiento demandado formar parte de

organización patronal alguna, que son los sujetos llamados a negociar colectivamente, dada la eficacia general de los convenios estatutarios. Sin perjuicio, además, de la posibilidad de negociar un convenio propio. La solución contraria introduciría una injustificada diferencia de trato con los empleados de centros que no dependieran de un **Ente público**, y conduciría a un vacío normativo que habría de cubrirse, en este concreto caso, en que la pretensión tenía por objeto diferencias salariales, a la aplicación del SMI.

El voto particular, que suscriben cuatro magistrados, ofrece una batería de argumentos discrepantes. En primer lugar, se estima que un Ayuntamiento, como ente integrante de la organización del Estado, no puede quedar sujeto a normas convenidas por agentes sociales privados, que se guían por intereses particulares. En segundo término, que los convenios han de ir dirigidos a empresas que presenten un mínimo de homogeneidad funcional. Además, no está claro que la actividad de guardería desarrollada en este caso por la entidad demandada tenga suficiente autonomía como para equipararla con un centro de educación infantil o guardería. Y, por fin, que la solución mayoritaria conduciría a aplicar en un mismo Ayuntamiento tantos convenios distintos como actividades desarrolle la entidad local. Y todo ello, sin desprestigiar el papel que pueda desempeñar el **contrato individual**, máximo como en el caso, donde la trabajadora percibía ya un salario pactado que doblaba el SMI.

#### **4.4. «Personal fuera de convenio»**

Un trabajador suscribió con el ICO un «contrato de trabajo individual de libre disposición», en el que se pactaba la posible libre resolución del contrato y en el que se decía que la relación quedaba al margen de lo dispuesto en convenio colectivo. La **STS de 23-2-2005 (Rc 1601/04)** parte de clarificar que tales estipulaciones no pueden ser entendidas sino en el sentido de admitir la libertad de dejar sin efecto las especialidades del contrato, concertado para ocupar puestos de libre designación, con retorno o reconducción de la relación al molde común y al régimen general de condiciones de trabajo. Todo ello, de conformidad con lo dispuesto en el propio convenio colectivo de aplicación. Así pues, resuelto el contrato de trabajo individual, hay que entender que el salario que habrá de percibir el trabajador a partir de ese momento será el previsto en el convenio colectivo para su categoría o especialidad.

#### ***4.5. Régimen jurídico aplicable a los convenios extraestatutarios***

Parece lógico que el régimen jurídico de la negociación colectiva contenido en el ET no se aplique a los **convenios de eficacia limitada** o extraestatutarios. A esta solución llega la **STS de 24-2-2005 (Rc 46/04)** respecto de las reglas sobre sucesión de convenios, **denuncia y prórroga**, o de la **obligación de negociar de buena fe**, que no rigen para los convenios de eficacia limitada.

### **5. Despido**

#### ***5.1. Despido objetivo, acuerdo de recolocación y responsabilidad del FOGASA***

En el supuesto que enjuicia la **STS de 18-2-2005 (Rc 1196/04)** se trata de dirimir si un profesor de un **centro docente concertado**, que fue despedido objetivamente por falta de financiación pública, pero que en virtud de un acuerdo alcanzado con el fin de garantizar el mantenimiento del empleo de estos profesores es recolocado en otro centro docente, también concertado, con mantenimiento de la antigüedad, tiene derecho a la parte de la indemnización que corresponde abonar al FOGASA. Cuestión que la Sala resuelve en sentido estimatorio de la pretensión del trabajador, teniendo en cuenta la finalidad de la indemnización prevista legalmente para los casos de **despido objetivo** o **despido colectivo** —compensar la pérdida de un trabajo—, y que en el caso concreto el nuevo contrato era a tiempo parcial y el mantenimiento de la antigüedad sólo tenía efectos salariales.

#### ***5.2. Cómputo de tiempo de servicios en virtud de sucesivos contratos temporales e indemnización por despido improcedente***

La Sala considera en su **STS de 19-4-2005 (Rc 805/04)** que, siguiendo la doctrina unificada, si no hay solución de continuidad, esto es, interrupciones significativas entre los sucesivos contratos, para calcular la **indemnización por despido improcedente** ha de tomarse la totalidad del tiempo de servicios prestado en la empresa.

### 5.3. *Salarios de tramitación*

La **STS de 28-2-2005 (Rc 1110/04)** declara que no procede deducir de la cantidad adeudada en concepto de **salarios de tramitación** la correspondiente a la **omisión del preaviso** en los despidos objetivos. Y ello por una aplicación gramatical, lógica y sistemática de lo que dispone el art. 123.2 LPL, y porque se trata de cantidades que se corresponden con situaciones dispares, una vigente aún el contrato de trabajo y otra una vez ya extinguido.

Como se recordará, durante el corto tiempo en que estuvo vigente el RDL 5/2002 —que luego dio paso a la Ley 45/2002— se suprimieron los salarios de tramitación como efecto característico del despido improcedente, cuando el empresario hubiese reconocido dicha improcedencia y optado por la extinción indemnizada del contrato. Pues bien, la **STS de 15-3-2005 (Rc 1356/04)** aplica la normativa contenida en dicha disposición a un supuesto de acumulación de demandas de despido y resolución contractual por causas imputables a la empresa, que fueron ambas estimadas. La Sala insiste —en la línea de lo decidido en **STS de 15-9-2004 (Rc 4833/04)**— en que esta medida legislativa no vulnera precepto constitucional alguno. Y que no obsta a la aplicación de esta misma solución el hecho de que en el presente caso, al haberse estimado también la demanda en resolución del contrato, no haya existido opción entre indemnización y readmisión, habiéndose declarado la extinción de la relación laboral.

Tras la entrada en vigor del RDL 5/2002, y conforme al ajuste operado luego por la Ley 45/2002, el art. 56.2 ET introdujo la posibilidad de detener el devengo de los salarios de tramitación si, reconocida la improcedencia del despido en el **acto de conciliación**, el empresario ponía en el plazo de cuarenta y ocho horas a disposición del trabajador la indemnización y los salarios devengados hasta ese momento. Lo que la **STS de 17-9-2004 (Rc 4102/03)** decide es que a tal exigencia equivale la consignación de las referidas cantidades.

### 5.4. *Antigüedad y tiempo de tramitación*

El tratamiento de los efectos durante el tiempo de tramitación o sustanciación del procedimiento de despido no deja de suscitar dudas y problemas interpretativos. En el caso de la **STS de 21-10-2004 (Rc 4966/02)** el interrogante es si ese tiempo transcurrido desde el momento del despido

hasta el de dictarse la sentencia que lo declara improcedente —al que corresponden los salarios de tramitación— se computa o no a efectos de antigüedad, en concreto, en orden a la acumulación de méritos para poder participar en futuros concursos convocados por la Administración Pública.

Para dar respuesta a tal enigma, la Sala Cuarta tiene en cuenta tres parámetros, en primer lugar, la consideración de la **antigüedad** como institución de derecho dispositivo, cuyo cómputo en supuestos específicos vienen determinado por una previsión legal expresa, que no existe para este concreto período de tiempo; la naturaleza del acto extintivo que supone el despido disciplinario, a consecuencia del cual se entiende que la relación laboral queda rota; y, una vez más, el carácter indemnizatorio y no salarial que cabe atribuir a los salarios de tramitación [SSTS de 9-12-1999 y 17-5-2000].

La conclusión, a la vista de todo ello, es que *«no es lógico sostener que ese período de tiempo haya de computarse en la antigüedad del trabajador; a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes»*. No es aventurado pronosticar que este criterio habría de servir para resolver problemas análogos al que en concreto se suscita en este caso, esto es, a efectos distintos de la posible acumulación de méritos para participar en concursos convocados por una Administración Pública.

## 6. Extinción del contrato de trabajo

### 6.1. Regulación en convenio del preaviso en caso de dimisión del trabajador

Resulta de gran interés la solución contenida en la **STS de 16-3-2005 (Rc 118/03)** respecto de la calificación de una cláusula prevista en el II Convenio Estatal del Sector de Telemarketing, en la que se establecía una penalización en caso de incumplimiento del **plazo de preaviso** por el trabajador dimisionario, consistente en el descuento de la correspondiente liquidación de un día de salario por cada día del preaviso omitido. Entre la calificación como supuesto de compensación de deuda —propugnado por la empresa— y como multa de haber —declarado por la sentencia de instancia— la Sala adopta un tercer criterio, pues ni se trata de una deuda líquida susceptible de compensar, ni se puede ejercitar la facultad sancionadora empresarial sobre una relación que se encuentra ya extinguida. Así pues, la calificación que se conside-

ra corresponde a la referida estipulación es la de **cláusula penal**, permitida y regulada por los art. 1.152 y ss. CC.

### *6.2. Consecuencias de la anulación de la resolución administrativa recaída en un expediente de regulación de empleo*

El supuesto litigioso sobre el que versa la **STS de 9-3-2005 (Rc 794/04)** se origina como consecuencia de una sentencia recaída en un procedimiento contencioso-administrativo, en la que se depuran ciertas anomalías advertidas en la tramitación de un **expediente de regulación de empleo**, ordenándose retrotraer las actuaciones al momento de la apertura del **período de consultas**, con el fin de que la empresa aportara cierta documentación. Los trabajadores afectados por el despido adoptado por la empresa al amparo de la inicial resolución administrativa instaron la declaración de la nulidad de sus despidos, pretensión que fue estimada. Interpuestos sendos recursos de casación unificadora por las dos empresas codemandadas, la Sala procede a la estimación del formulado por la primera de ellas. La razón esencial es que, una vez proseguida la tramitación del expediente y subsanadas las aludidas anomalías, volvió a recaer **resolución administrativa** autorizando la resolución de los contratos, incluidos los de los actores en este proceso, con efectos, además, de la fecha de la primera resolución anulada. Circunstancia en la cual se considera de aplicación el art. 57 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que, referido a la **eficacia de los actos administrativos** —y junto a la regla general conforme a la cual, los actos de las Administraciones Públicas se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten—, contiene una excepción, consistente en que en los propios actos se disponga otra cosa respecto a la fecha de efectos. Concluye la Sala afirmando que no le compete, pues pertenece al ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa ex art. 9 LOPJ, el enjuiciamiento sobre la validez o no de las resoluciones administrativas recaídas en el ERE.

### *6.3. Eficacia liberatoria del recibo de finiquito*

En el supuesto sobre el que versa la **STS de 25-1-2005 (Rc 391/04)** la trabajadora había firmado unos días antes de recibir la comunicación extintiva por disminución del rendimiento un documento denominado «**liquidación de saldo y finiquito**», en el que declaraba que quedaban

saldados los importes que la empresa pudiera adeudarle, no quedando cantidad pendiente de reclamar y considerando finiquitada la relación laboral, aunque no llegó a percibir las cantidades a que aludía el recibo. Interpuesta demanda por despido y declarada la improcedencia del mismo, la Sala de suplicación —del TSJ de Madrid— estimó el recurso de la empresa otorgando valor extintivo al finiquito. La sentencia de esta Sala procede a la estimación del recurso de la trabajadora, casando y anulando la sentencia recaída en suplicación, sencillamente sobre la base del tenor literal del recibo extendido, en el que no se contenía expresión alguna de la que pudiera extraerse la conclusión de que la trabajadora pretendiera extinguir su contrato. Por otro lado, la firma del documento se había verificado antes de la comunicación del despido, y la trabajadora no llegó a percibir las cantidades supuestamente ofrecidas.

#### *6.4. El cese de los empleados de Notarías por traslado del titular*

Las SSTS 22-11-2004 (Rc 496/04) y 15-12-2004 (Rc 5621/03) despejan una duda que se suscitaba al amparo del Reglamento de organización y régimen de trabajo de los **empleados de Notarías**, de 21 de agosto de 1956, en cuyo art. 28 se contemplaba la extinción de la relación laboral que vinculaba a dichos empleados, como consecuencia del cese del Notario. Quizá también influida o auspiciada por la jurisprudencia conforme a la cual se entiende que el cambio de titular de la Notaría —dada la peculiaridad de las funciones desarrolladas por estos fedatarios públicos— no constituye, a salvo de pacto, un supuesto de **subrogación empresarial**.

La Sala, pese a todo, considera derogada dicha norma reglamentaria, a la que no puede remitir tampoco el convenio colectivo, por definición sometido a la ley ex art. 85 ET, de tal manera que si el contrato del empleado es indefinido, su extinción ha de seguir los cauces previstos en el art. 49 ET y preceptos concordantes. El cese basado meramente en el aludido precepto reglamentario ha de ser, pues, calificado como despido improcedente.

## **7. Fuentes de la relación laboral**

### *7.1. Condición más beneficiosa*

En la STS de 14-3-2005 (Rc 71/04) la Sala llega a la conclusión de que no constituye una **condición más beneficiosa** el hecho de que se

viniera haciendo coincidir el horario de los trabajadores de la empresa contratista de los servicios de limpieza con el del personal de la Universidad, usuaria o beneficiaria de los servicios, que en el período de verano disfrutaban de un horario reducido. Y ello porque tal coincidencia obedecía únicamente a la necesaria sujeción de los trabajadores del servicio de limpieza al horario de apertura y cierre de los centros, que llevaba a cabo el personal de la Universidad. Desde el momento en que se automatiza la apertura y cierre de las dependencias universitarias y que se contratan las labores de vigilancia, que permiten la entrada y salida por parte del personal de limpieza en el horario normal u ordinario, deja de tener sentido la coincidencia horaria con los empleados de la Universidad, negándose la existencia de la condición más beneficiosa invocada.

## ***7.2. Contrato de trabajo con elemento extranjero***

La **STS de 17-1-2005 (Rc 655/04)** determina la aplicación del derecho español a unos contratos de trabajo celebrados verbalmente en España, por trabajadores españoles con empresa de la misma nacionalidad, para prestar servicios en una sucursal de la entidad empleadora en Frankfurt.

La Sala considera de aplicación la regla contenida en el art. 1.4 ET, a la vista de la inexistencia de pacto de sumisión expresa y de la fecha de celebración de los contratos —año 1992—, fecha en que aún no estaba en vigor en España el **Convenio de Roma**, publicado en el BOE de 19 de julio de 1993. Pero añade otra consideración de interés, sobre la imposibilidad de aplicar una supuesta regla de mayor favor —una vez que el derecho alemán constaba acreditado y aportado a los autos—, habida cuenta de la dificultad de comparación de dos ordenamientos que regulan de forma tan compleja los derechos y obligaciones de las partes en una relación laboral.

## **8. Huelga**

### ***8.1. Delimitación y efectos del esquirolaje externo y alcance del derecho a difundir información sobre la huelga***

Hacía tiempo que la Sala Cuarta no se pronunciaba en relación con un supuesto similar al que se enjuicia en la **STS de 15-4-2005 (Rc**

**133/04**), en la que se analiza la posible existencia de una lesión de los derechos fundamentales de **libertad sindical** y **huelga**, como consecuencia de las medidas adoptadas por la empresa TVE con motivo de una huelga que tuvo lugar en el Centro Territorial de Extremadura el 3 de diciembre de 2003. La medida consistió básicamente en la emisión de los informativos —previstos en el RD de servicios mínimos, no impugnado— a través de terceras empresas o agencias informativas, que colaboran habitualmente con la entidad demandada en las labores informativas. En tales circunstancias, la Sala entiende que no se incurre en la práctica que proscribe el art. 6.5 RDLRT 1977, que alude a la sustitución de los huelguistas por trabajadores que no estuvieran vinculados a la empresa al tiempo de ser comunicada la huelga, el denominado «*esquirolaje externo*».

La Sala también descarta que pueda considerarse lesivo del derecho fundamental la no emisión por la propia entidad empleadora —recuérdese, un Centro regional de TVE— de información sobre el desarrollo de la huelga, pues la doctrina constitucional respecto del derecho a difundir información y hacer **publicidad de la huelga** se refiere a los trabajadores y sindicatos promotores y participantes en el conflicto, y no a la empresa.

## 9. Libertad sindical

### 9.1. Libertad sindical y «cláusulas de seguridad sindical»

Por lo infrecuente de este tipo de problemas, que ya cuentan con criterios de solución seguros, merece la pena hacer referencia a la **STS de 26-1-2005 (Rc 35/03)**, en la que se declara la ilegalidad en nuestro sistema de las **cláusulas de seguridad sindical**, en concreto, de las que reservan ventajas o reconocen en exclusiva ciertos derechos a los sindicatos firmantes del convenio.

En el caso concreto, se trataba de la impugnación de los actos de reparto de cantidades en metálico de un fondo para la mejora de la acción sindical entre los firmantes del Convenio colectivo del personal laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid, con exclusión de un sindicato no firmante, a pesar de que el mismo ostenta la condición de más representativo. Y la sentencia comentada sigue la doctrina constitucional dictada en interpretación del art. 13.2 LOLS, en relación con el art. 1

del Convenio 98 OIT, y califica la aludida cláusula como discriminatoria y como **acto de injerencia patronal**.

Sobre las exigencias de proporcionalidad para establecer ventajas y diferencias de trato entre sindicatos, puede verse asimismo la **STS de 17-2-2005 (Rc 17/04)**, recaída en el proceso de impugnación del Acuerdo Marco del Grupo ALTADIS, en relación con ciertos preceptos en materia de **acción sindical en la empresa**.

También la **STS de 25-4-2005 (Rc 85/03)** considera que es ilegal conferir en convenio ciertos beneficios o derechos únicamente a los sindicatos más representativos. Esta sentencia recae en un procedimiento de impugnación del Convenio colectivo de la empresa Telefónica, SAU, promovido por LAB y ELA, que propugnaban la anulación de las cláusulas del convenio que atribuyen sólo a los sindicatos más representativos a nivel estatal ciertos derechos referidos al uso del correo electrónico («infobuzón»), la red corporativa e Internet. La Sala afirma que las cláusulas en cuestión son ilegales, pues la atribución de tales derechos únicamente encontraría justificación en atención a la presencia de los sindicatos en los órganos de representación unitaria en la empresa, que es el ámbito donde han de desenvolverse las condiciones estipuladas y los derechos conferidos o consagrados en el convenio de referencia.

## ***9.2. Libertad sindical y participación en comisiones creadas en convenio***

Los problemas relativos a la posible existencia de una **lesión de la libertad sindical**, en su vertiente de derecho de actividad y participación en la **negociación colectiva**, derivada de la exclusión de ciertos sindicatos de comisiones creadas en convenio colectivo han surgido en el período a que se refiere esta crónica en varias ocasiones.

En el supuesto sobre el que versa la **STS de 17-9-2004 (Rc 105/03)** el sindicato demandante tenía representación en el comité intercentros, pero no suscribió el convenio de empresa ni el acuerdo de prórroga, lo que provocó su exclusión de una **comisión de estudio y análisis**, a pesar de haberlo solicitado en dos ocasiones. La clave para determinar si existe o no lesión de la **libertad sindical** está en calificar el tipo de comisión creada por el convenio, llegándose a la conclusión de que no pasa de ser un grupo de trabajo que se limita a «preparar el terreno» para la futura

negociación. Es, pues, un mera actuación preparatoria. La exclusión de un sindicato no firmante de la misma no comporta lesión del derecho de libertad sindical en su vertiente de actividad negociadora.

Y en la **STS de 18-4-2005 (Rc 85/04)** se desestima igualmente la pretensión formulada por el sindicato accionante, Unión Telefónica Sindical (UTS), sobre la necesaria preservación del principio de proporcionalidad que impone el art. 75.1 ET en relación con la composición del **Comité Intercentros**, respecto de la estructura de la **Comisión Gestora**, órgano creado por el propio Comité Intercentros, pero que carece de competencias negociadoras o ejecutivas de los acuerdos adoptados por el pleno de aquel órgano de representación.

Siguiendo esa misma pauta, la **STS de 16-7-2004 (Rc 177/03)** estima, en cambio, el recurso del sindicato demandante, considerando que lesiona su derecho a la libertad sindical, en su vertiente de derecho a participar en la negociación colectiva, la exclusión del mismo de la **comisión se seguimiento** prevista en un protocolo de bolsas de trabajo temporal, en cuanto que los cometidos de la misma trascienden de las funciones meramente administrativas de lo pactado, asumiendo, por el contrario, funciones negociadoras. La sentencia concluye con una referencia doctrinal a los elementos necesarios para la condena a la reparación económica derivada de la existencia de lesión del derecho fundamental.

Por su parte, en la **STS de 19-1-2005 (Rc 80/04)** se reconoce el derecho de los **representantes de los trabajadores** sin distinción, unitarios y sindicales, a participar en las comisiones de trabajo previstas en el convenio colectivo del Grupo Unión FENOSA —comisiones de formación, promoción y relaciones laborales—, habida cuenta que en el propio convenio no se hace distinción entre esas distintas representaciones.

Contiene, en fin, alguna consideración en relación con las funciones encomendadas a las **comisiones paritarias** respecto de las propias de la **comisión negociadora** del convenio, la **STS de 18-4-2005 (Rc 3/04)**, que también se pronuncia sobre la legalidad del X Convenio colectivo de Centros de Asistencia, Atención, Diagnóstico, Rehabilitación y Promoción de Personas con Discapacidad para los años 2002 y 2003, como consecuencia de declarar comprendidos en su ámbito de aplicación a los trabajadores acogidos a la **relación laboral especial de minusválidos en centros especiales de empleo**.

### ***9.3. Impugnación de estatutos por similitud en la denominación del sindicato***

El mayor interés de la **STS de 13-10-2004 (Rc 141/03)** se encuentra en la aplicación de los criterios que inspiran la **regulación sobre marcas** a la resolución de un problema conocido, el de la elección de la **denominación de una organización sindical**. Criterio apuntado ya en la STS 16-12-2002 (Rc 84/2002).

Se cuestiona en concreto en este caso si el sindicato recurrente —Sindicato Andaluz de Funcionarios de la Junta de Andalucía (SAF)— ha elegido una denominación que provoca o induce a confusión respecto de la del Sindicato Andaluz de Funcionarios de Justicia (SAFJ) [art. 4.2. a) LOLS]. Y la Sala, teniendo en cuenta que ambos sindicatos comparten ámbito de actuación territorial y funcional —aunque uno de ellos contraiga su actividad al ámbito de la Justicia—, y la similitud de sus acrónimos, considera que la denominación, y las siglas que la expresan, del sindicato demandado y ahora recurrente, inducen a confusión.

### ***9.4. Registro de estatutos de organización empresarial***

Por resolución de la DG de Trabajo de 21 de julio de 2003 se denegó la inscripción de una **asociación empresarial** denominada «Mesalina», dirigida a integrar a empresas dedicadas a la tenencia y/o gestión de hoteles y establecimientos destinados a dispensar productos o servicios a terceras personas ajenas al establecimiento, que ejerzan por cuenta propia la **actividad de alterne**, y entre cuyos fines concretos se enumeran la negociación colectiva laboral, el planteamiento de conflictos laborales de trabajo, el diálogo social, la participación institucional y cualesquiera otras que se deriven de los anteriores, respecto de su personal, y dentro del ámbito territorial estatal. A la vista de todo lo cual, la **STS de 27-11-2004 (Rc 18/04)** considera que, del análisis de los Estatutos de la asociación, nada obsta para proceder a su registro. El hecho de que las actividades desarrolladas o promovidas con posterioridad por la referida organización patronal pudieren encajar en un ilícito penal es algo que no corresponde ahora dirimir a los órganos de la jurisdicción social.

## 10. Modificación de condiciones de trabajo

### 10.1. *Modificación sustancial de condiciones de trabajo frente a «ius variandi» empresarial*

En la **STS de 24-1-2005 (Rc 62/04)** se resuelve un conflicto colectivo promovido por una organización sindical, a propósito de la minoración sufrida por determinados conceptos retributivos contenidos en la denominada normativa unilateral del Banco de Sabadell. La Sala entiende que mientras no se demuestre tal extremo, las condiciones contenidas en la anterior normativa no constituyen **condiciones más beneficiosas**. Máxime cuando la propia empresa se reservó la facultad de proceder a negociar la forma de compensación de los desplazamientos —concepto afectado por el conflicto—, con motivo de futuras revisiones salariales, y con la idea de reducir su coste, lo que, a juicio de la Sala, faculta a la empleadora, en virtud del ejercicio del «*ius variandi*» que le confiere el art. 20 ET, a minorar unilateralmente el importe del concepto retributivo en cuestión. Junto a este argumento la Sala esgrime el de la prohibición del «espigueo», o lo que es lo mismo, la imposibilidad de acumular ventajas o beneficios establecidos en la antigua y la nueva normativa.

Sin embargo, la **STS de 7-2-2005 (Rc 1963/04)** recuerda que las condiciones de trabajo establecidas en convenio únicamente pueden modificarse mediante el acuerdo de empresa a que alude el art. 41.4 ET. En el caso, la empresa había decidido de manera unilateral alterar la forma de retribución del complemento salarial por «tiempo trabajado con armas de fuego» prevista en el Convenio colectivo de Empresas de Seguridad, conforme a cuya regulación el complemento de referencia se venía haciendo efectivo en su parte proporcional en las pagas extraordinarias y vacaciones. Y la empresa decidió prorratearlo en la retribución mensual, sin merma de la cuantía total que se había de percibir. La Sala entiende que no se trata de una **modificación no sustancial**, habida cuenta que el art. 31 ET, referido a las pagas extras, exige el acuerdo adoptado en convenio para el prorrateo mensual de las mismas. Y en cuanto a la mayor favorabilidad del nuevo sistema, sencillamente afirma que si el trabajador demandante decidió impugnarlo es porque no puede atribuirse tal consideración al cambio introducido.

Por su parte, la **STS de 21-4-2005 (Rc 34/04)** desestima el recurso de la entidad demandada, la Fundación Centro de Transfusiones de Galicia, y mantiene la calificación de nulidad de la decisión empresarial de

modificar, mediante una nota interna, el **horario de trabajo** de los conductores de unidades móviles, que contaba ya con una regulación en **convenio colectivo** y en un **acuerdo de empresa**. Este último, además, que permitía a la empleadora adaptar y alterar los horarios con el fin de mejorar el servicio y adecuarse a las disponibilidades de los donantes. No parece a la Sala cauce adecuado la decisión unilateral adoptada, ni motivo justificado el hecho de haberse suscrito un contrato con una empresa de servicios para la realización de las labores de limpieza de las unidades móviles.

### ***10.2. Modificación sustancial de condiciones de trabajo e imposición de un sistema de «teletrabajo»***

Resuelve la STS de 11-4-2005 (Rc 143/04), dictada en un procedimiento de impugnación de un acuerdo alcanzado entre la dirección de la empresa Telefónica Publicidad e Información y el comité intercentros, si la implantación de la «oficina virtual» vulnera lo dispuesto en el art. 41 ET.

El acuerdo se enmarcaba en un proceso de innovación tecnológica y reestructuración, y tenía por objeto regular las condiciones en virtud de las cuales el personal del canal de ventas pasaría a prestar servicios en su domicilio.

La Sala comienza afirmando que carece de virtualidad la tacha de que no se hayan esgrimido causas técnicas u organizativas para imponer las medidas contenidas en el acuerdo, pues la mera alusión a la implantación de un sistema de **teletrabajo** cubriría esa exigencia de causalidad. Y lo mismo cabe decir respecto del procedimiento, puesto que se mantuvieron reuniones con la representación legal de los trabajadores. También se descarta, en fin, la existencia de vulneración del derecho a la **inviolabilidad del domicilio**, centrándose el problema en el alcance de la conversión de contratos de trabajo comunes en **contratos a domicilio**. Y así, partiendo de la delimitación de este tipo de trabajo que realiza el art. 13 ET, y poniéndolo en relación con el «teletrabajo», se llega a la conclusión de que no existe entre ambos una total equivalencia. Y que el cambio de régimen contractual desborda el ámbito del art. 41 ET, incidiendo además en la esfera privada e íntima del trabajador y su familia, aspectos que quedan fuera del alcance de la **autonomía colectiva**.

Por todo ello, el teletrabajo únicamente podría resultar de la voluntaria aceptación por parte del trabajador, por aplicación de lo dispuesto en los art. 1091, 1204 y 1256 del Código Civil. Lo que conduce a la estimación del recurso de casación ordinario interpuesto por CCOO, y a la consiguiente anulación del acuerdo impugnado en cuanto obliga o impone al personal del canal de venta directa la aceptación del nuevo régimen de prestación de servicios.

### *10.3. Trabajos de superior categoría*

Los efectos económicos de la realización de **trabajo de superior categoría** es la cuestión respecto de la que se pronuncia la **STS de 31-1-2005 (Rc 6373/03)**, conforme a la cual, acreditado el desempeño de las funciones superiores, en este caso por camareras limpiadoras de una guardería dependiente de la Junta de Galicia que realizan tareas de cuidadoras, procede el abono de la retribución correspondiente, aunque en la guardería en cuestión no existan plazas de plantilla de dicha categoría superior u ocupadas por trabajadoras que la ostenten. Entender lo contrario, concluye la Sala, constituiría un auténtico fraude.

Versan los litigios enjuiciados en las **SSTS de 28-9-2004 (Rc 4480/03)**, **28-10-2004 (Rc 6167/2003)** y **1-2-2005 (Rc 6153/03)** sobre los efectos de la realización de funciones de categoría superior por trabajadores al servicio de una Administración Pública. En concreto, sobre si es preciso, para que se genere el derecho a percibir el salario correspondiente a las superiores funciones realizadas, conforme a lo dispuesto en el art. 39 ET, que la asignación de las mismas se haya llevado a cabo por el órgano o autoridad con competencia en materia de personal.

Las razones por las que la Sala decide estimar la pretensión de los respectivos trabajadores demandantes son, en primer lugar, que el art. 39.3 y 4 ET sólo supedita el derecho a las retribuciones correspondientes a la categoría superior a la efectiva realización de los trabajos y tareas propios de dicha categoría; que la **Administración**, cuando actúa como **empresario**, debe responder de las consecuencias del ejercicio de su poder de dirección cuando el mismo se produce a través de una cadena de mando por ella misma establecida; y que lo contrario supondría un enriquecimiento sin causa para la empleadora.

## 11. Período de prueba

### *11.1. Aptitud ya acreditada en otra empresa vinculada*

El art. 14.1 ET impone la **nulidad del período de prueba** pactado, «cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación».

Lo novedoso e interesante de la **STS de 18-1-2005 (Rc 253/04)** es que considera de aplicación dicho precepto a un supuesto en que la trabajadora fue sucesivamente contratada por dos distintas entidades. La actora suscribió un contrato con una **Fundación con fines culturales** constituida por el Alcalde-Presidente de Salamanca con motivo de la capitalidad cultural europea de dicha ciudad en el 2002, en el que se pactó un **período de prueba** de tres meses. Pero, justo antes, había prestado servicios en una empresa, también constituida con fines similares y de la que era accionista mayoritaria la entidad **Consortio Salamanca 2002**, presidida por el propio Alcalde de la ciudad. La trabajadora desarrolló en todo momento las mismas funciones, como administrativa, en el mismo centro de trabajo, un edificio propiedad del Ayuntamiento adscrito al Consortio Salamanca 2002, bajo las instrucciones de la misma persona. Comunicado el cese por no superación del período de prueba pactado en el segundo contrato, la trabajadora interpuso demanda por despido.

La Sala entiende que el art. 14.1 ET no puede ser interpretado en este caso en su tenor literal, y que la razón de ser y el sentido de la regla que en el mismo se contiene, se cumplen en este caso, puesto que a la empleadora le consta la aptitud de la trabajadora. Por tanto, el período de prueba pactado es nulo, y el cese durante el mismo ha de calificarse como **despido improcedente**.

## 12. Relaciones laborales especiales

### *12.1. Artistas en espectáculos públicos*

En la **STS de 15-7-2004 (Rc 4443/03)** se suscita la calificación del contrato concertado con un **artista**, que es llamado cada año para actuar en el mismo espectáculo —un western— en el parque temático Port Aventura. La Sala, retomando una vieja doctrina sobre el predominio de la **temporalidad** en la contratación de los artistas, concluye otorgando

tal calificación a la relación del demandante. Y esgrime en ese caso el argumento de la que la actividad no era la misma o la habitual, por cuanto que cada año se introducían novedades en el espectáculo del oeste en el que el trabajador actuaba.

## **12.2. Personal de alta dirección**

El problema de la existencia de una relación común subyacente se suscita en la **STS de 16-11-2004 (Rc 6010/03)**, en la que se aborda la cuestión relativa a si la **indemnización por falta de preaviso** de cese de un **alto directivo** es procedente en su integridad en los supuestos en los que, tras el cese, el directivo se reincorpora a su puesto de trabajo anterior a su promoción al cargo ejecutivo. Cuestión que la Sala resuelve a favor del abono de dicha indemnización, conforme a dos criterios, el estrictamente legal, conforme al cual, en caso de opción por el alto directivo destituido a restablecer la relación común anterior, ello se llevará a cabo «*sin perjuicio de las indemnizaciones a que pudiera tener derecho*» por la extinción de la relación especial (art. 9.3 RD 1382/1985); y teniendo además en cuenta que las indemnizaciones en el ámbito laboral se estipulan de manera objetiva por el legislador, sin tomar en consideración la entidad real de los perjuicios o daños irrogados al trabajador, en este caso, por la pérdida del puesto directivo.

## **13. Salario**

### **13.1. Estructura salarial y complementos retributivos**

La Sala se ha ocupado también en este año judicial de numerosas cuestiones relativas a la **composición del salario**, en concreto, a reclamaciones relativas a ciertos complementos retributivos.

Y así, en la **STS de 31-1-2005 (Rc 716/04)** reconoce el derecho de la **directora de una escuela-hogar** dependiente de la Junta de Andalucía, en la que se encuentran menores sometidos a medidas de reforma o vigilancia por delinquir sin tener mayoría de edad penal, al **plus de penosidad** contemplado en el convenio de aplicación. La razón no es otra que las condiciones en que desempeña su trabajo, que comportan riesgo de sufrir agresiones.

El *plus de disponibilidad* de los **vigilantes de seguridad** es el objeto del litigio al que da respuesta negativa la **STS 10-3-2005 (Rc 942/04)**. La respuesta en este caso se apoya en que en el contrato del actor, que presta servicios en una entidad bancaria, se aludía a su compromiso de estar disponible para atender llamadas de emergencia o alarma, personándose en la entidad, pactándose a su vez una retribución global «según convenio», sin especificación alguna referida al concepto de «disponibilidad». Por otra parte, en el convenio de ámbito estatal de Empresas de Seguridad 2002-2004 tampoco figura el aludido plus en la estructura salarial. Así las cosas, la compensación por estar a disposición de la empresa se considera implícita en el salario total estipulado en el contrato.

### *13.2. Compensación y absorción salarial*

El debate suscitado en la **STS de 28-2-2005 (Rc 2486/04)** se centra en si el susceptible de **compensación y absorción** el plus de peligrosidad y toxicidad, cuando los recurrentes perciben, incluyendo incentivos y plus de responsabilidad, una **remuneración global** superior a la fijada en el convenio colectivo de aplicación.

La Sala, con remisión a lo dispuesto en su sentencia de 6-7-2004, opta por la solución negativa, pues se trata de conceptos no homogéneos, que obedecen a causas dispares.

### *13.3. Alcance de la responsabilidad del FOGASA*

La responsabilidad del FOGASA no alcanza a la mayor indemnización derivada del reconocimiento al trabajador de antigüedad superior al efectivo tiempo de servicios, aunque la misma se haya reconocido «a todos los efectos». Esta es la solución adoptada en la **STS de 14-4-2005 (Rc 1258/04)**, que, entre otros argumentos, retoma la clásica doctrina sobre la diferencia entre las nociones de **antigüedad y tiempo de servicios**, y sus respectivos efectos.

### *13.4. Principio de igualdad retributiva*

El problema de la **igualdad de trato en materia salarial** es sin duda uno de los temas «estelares» de los últimos años. Los criterios judicia-

les, incluso constitucionales, para resolver los problemas y dudas que suscitan las denominadas «dobles escalas» salariales, distan mucho de ser claros, uniformes y seguros.

En la **STS de 13-10-2004 (Rc 132/03)** se vuelve a suscitar la cuestión, a propósito de la regulación contenida en el III Convenio Colectiva de AENA respecto del «salario de ocupación», que se fija en función de tres distintos tramos, junior, medio y experimentado, conectados con el período de permanencia en la ocupación.

La Sala acude a la doctrina contenida en las SSTC 22/1981, 34/1984, 177/1988, 171/1989, 161/1991, 28/1992, 2/1998, 103/2002, 119/2002 y 104/2004, en relación con el alcance del art. 14 CE, específicamente en materia retributiva, e interpretado a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los Convenios 111 y 117 de la OIT, en relación con el principio de autonomía de la voluntad, y con las matizaciones que en el ámbito de la Administración Pública se imponen, como consecuencia del estricto sometimiento de ésta en su actuación a los principios de legalidad e igualdad. Para llegar a la conclusión de que la regulación en cuestión no vulnera ninguno de tales principios, por cuanto que la antigüedad, de la que dependen los tramos establecidos, no es un criterio enunciado entre las causas de discriminación prohibidas, ni resulta carente de objetividad o razonabilidad. Y la progresión retributiva vinculada a la misma no deja de *«premiar la mayor eficacia, perfección y madurez que, en principio, acompaña al trabajo profesional con el transcurso del tiempo.»*

## 14. Subrogación empresarial

### 14.1. Condiciones de trabajo aplicables tras una subrogación

El conflicto que se resuelve en la **STS de 12-1-2005 (Rc 10/04)** tiene que ver con las condiciones de trabajo aplicables tras un proceso de **subrogación**. Los trabajadores afectados por tal conflicto son quienes se integraron en la plantilla de la empresa IBM GLOBAL SERVICES provenientes de otra entidad, y pretenden que se les aplique el horario de verano que rige en IBM G.S., invocando para ello el **principio de igualdad y no discriminación**, así como lo dispuesto en los art. 44 y 41 ET.

En la empresa demandada existen otros grupos de trabajadores provenientes de distintas entidades, en cuyas relaciones también se subrogó aquella empresa. Si bien en esos casos se produjeron acuerdos de homologación de sus condiciones de trabajo.

La Sala Cuarta confirma la sentencia desestimatoria que en la instancia había dictado la Audiencia Nacional, razonando, en primer lugar, que se trata de un **conflicto de intereses**, que deriva de un fracaso de la negociación dirigida a la homologación de las condiciones de trabajo de los actores tras la subrogación empresarial. Y, en segundo término, se niega la existencia de trato discriminatorio y de **modificación sustancial de las condiciones de trabajo**, pues la situación de los afectados por el conflicto deriva, precisamente, del cumplimiento de la exigencia que se contiene en el art. 44 ET, esto es, el mantenimiento de las condiciones de trabajo que los trabajadores tenían reconocidas en su empresa de procedencia. Y sin perjuicio de la equiparación en el futuro con los trabajadores de la plantilla de la empresa subrogada, en el momento en que entre en vigor o se negocie un nuevo convenio para todos ellos.

También sobre este tipo de problemas versa la **STS de 20-1-2005 (Rc 59/04)**, que resuelve un conflicto colectivo promovido por CCOO, al que se adhirió UGT, en relación con los derechos de los trabajadores de CAJAMAR procedentes del Banco Urquijo y del Banco Sanpaolo, a participar en los planes de **previsión social complementaria** que rigen en la empresa. Sin entrar en los pormenores del asunto, lo que la Sala viene a decir es que los derechos de los afectados son los que se pactaron en los correspondientes **acuerdos de fusión**, y en los términos estipulados, que permitían además optar por uno u otro sistema de previsión, el sectorial del que se venían favoreciendo los trabajadores cedidos o transferidos y el que regía en la empresa absorbente. Lo que no cabe es acumular beneficios, y pretender mantener el régimen de previsión social complementaria anterior y el nuevo. Y teniendo en cuenta que esa adhesión voluntaria a un determinado plan, en los términos y condiciones pactados colectivamente, es la base sobre la que se articula la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (Texto Refundido aprobado por RD Leg. 1/2002).

Por fin, la Sala insiste en que en estos casos no es posible establecer comparaciones entre grupos de trabajadores procedentes de diversas entidades, todos ellos integrados ahora en la plantilla de CAJAMAR, puesto que las situaciones de partida no resultan comparables, ya que

unos provenían de entidades donde disfrutaban ya de sistemas de previsión voluntaria, que optaron por conservar, mientras que otros no tenían establecidas en sus empresas de procedencia ventajas similares; y porque tampoco los acuerdos de homologación de condiciones de trabajo se establecieron en idénticos términos y condiciones.

### *14.2. Sucesión de plantilla y sucesión de empresa*

El demandante en el proceso del que trae causa la **STS de 27-10-2004 (Rc 899/02)** venía prestando servicios para las sucesivas **contratistas** del servicio de mantenimiento, hasta que la última adjudicataria y ahora recurrente —la empresa FERROVIAL— decidió no asumir su contrato, junto con el de otro trabajador, a pesar de haberlo hecho respecto del resto de la plantilla de la anterior contratista.

La Sala comienza por establecer la conexión entre el art. 44 ET y la Directiva 1998/50/CEE de 29 de junio, que sustituye a la anterior Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977. Y recuerda que la **jurisprudencia comunitaria** en algún pronunciamiento admite la posibilidad de aplicar el régimen garantista de la **subrogación empresarial** en supuestos de cambio de contratista, siempre que se transfieran elementos significativos del activo material o inmaterial. Y que incluso cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, la mera transferencia o asunción del personal, desencadena la aplicación de las reglas sobre la sucesión de empresa.

A partir de ahí, la Sala Cuarta, que se declara vinculada por la doctrina del TJCE, no deja sin embargo de mostrar su recelo y discrepancia con la tesis sobre la «**sucesión de plantilla**», pues —como ya se afirmara en la sentencia de **20-10-2004 (Rc 4424/03)**— difícilmente puede considerarse el haber asumido toda o buena parte de la plantilla de la anterior contratista un criterio válido para estimar que se ha producido una transmisión de la empresa con todos los efectos que de ello hace derivar el art. 44 ET y concordantes. Es más, la obligación de asumir el personal del anterior empresario es más bien el efecto del cambio de titular de la empresa y consiguiente subrogación.

### *14.3. Subrogación convencional de la nueva concesionaria*

En la **STS de 14-3-2005 (Rc 6/04)** se dirime en sentido favorable a los promotores del conflicto colectivo el problema de la aplicación a la

nueva **concesionaria del servicio de limpieza**, que se hizo cargo del personal de la anterior al amparo de lo dispuesto en el convenio colectivo del sector, de lo acordado por la empresa saliente en un **pacto de fin de huelga**, firmado antes del cambio de concesionaria. En dicho acuerdo se establecía la equiparación salarial del personal fijo, y del eventual que viniera siendo llamado con regularidad durante los últimos seis años y que no hubiese tenido interrupciones superiores a un año, a la categoría de peón especialista, en ciertas condiciones y de forma escalonada en el tiempo. La Sala aplica los estrictos efectos de la subrogación, tal y como los prevé el art. 44 ET y el propio convenio colectivo de referencia, sin perjuicio de que ello pudiera dar lugar en algún caso a maniobras fraudulentas, que no pueden presumirse, y que en el caso no se prueba que concurran.

#### *14.4. Subrogación y venta judicial*

Sin desconocer el cambio de criterio en relación con las empresas de servicios al que se acaba de hacer referencia, la **STS de 23-11-2004 (Rc 6432/03)**, siguiendo la «tradición jurídica» de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, recuerda que para que se produzca el supuesto de subrogación legal previsto en el art. 44 ET es preciso que se opere una verdadera **sucesión en la titularidad de la empresa**, con traspaso al nuevo titular de los medios productivos necesarios para que la actividad industrial o empresarial pueda tener continuidad. De tal manera que no se producirá dicho supuesto cuando lo que se transmite, en virtud de venta judicial, es nada más que una nave industrial, que por sí sola no permite dotar de dicha continuidad a la actividad productiva.

#### *14.5. 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 (servicios de rampa y pasajeros o *handling*), INEUROPA HANDLIG UTE, ha seguido dejando algún rastro jurisdiccional. Las **SSTS de 14-5-2004 (Rc 2436/03)** y **26-7-2004 (Rc 4489/03)**, y luego las de **19-1-2005 (Rc 5895/03)**, **21-1-2005 (Rc 5067/03)**, **31-1-2005 (Rc 6025/03)**, **7-2-2005 (Rc 650/04)**, **15-3-2005 (Rc 367/04)** y **21-3-2005 (Rc 1823/04)**, se ocu-

pan de resolver una cuestión «colateral», la referida a la posible aplicación del **plazo de prescripción** contemplado en el art. 59.1 ET, cuando entre el momento de la subrogación y consiguiente traspaso de personal y la reclamación exigiendo la anulación del proceso ha transcurrido un período de tiempo superior a un año. La Sala entiende que cuando falta el **consentimiento** del trabajador —que puede ser expreso o tácitamente manifestado— lo que se produce no es la nulidad de pleno derecho del acto, sino la anulabilidad o nulidad simple, de tal manera que el transcurso del plazo del año sin que el trabajador haya actuado o se haya opuesto, provoca la subsanación del defecto inicial de la operación subrogatoria.

El plazo no puede ser otro que el de un año previsto de manera específica en el art. 59.1 ET, desde el momento en que la acción ejercitada se deriva sin duda alguna de un contrato de trabajo y agota sus efectos en el ámbito de la relación laboral.

## 15. Suspensión del contrato de trabajo

### *15.1. Incapacidad temporal, alta médica y declaración de Incapacidad permanente parcial*

La **STS de 7-10-2004 (Rc 4173/03)** introduce un importante matiz en la precedente doctrina de la Sala sobre los efectos que despliegan en el contrato de trabajo y en la situación de la relación laboral las **altas médicas** y, sobre todo, las **resoluciones administrativas** declarativas de situaciones de **incapacidad** para el trabajo.

El supuesto es, sin duda, como la propia Sala razona, singular, pues la trabajadora fue despedida con fecha de 26 de agosto de 2002, como consecuencia de la falta de incorporación al trabajo desde el 25 de julio de 2002, fecha en que fue declarada afecta de una Incapacidad Permanente Parcial. Sin embargo, el **parte de alta** fue emitido por la Mutua el 16 de septiembre, bien que con efectos de 27 de julio anterior.

La Sala contempla su propia doctrina en relación con las consecuencias de la no reincorporación del trabajador a la actividad profesional tras un período de IT, unido a la existencia de un expediente de Incapacidad Permanente, doctrina que tiene su exponente en las SSTs de 2-3-1992 y 22-10-1991, en las que se afirma que los **actos administrativos**

tienen una presunción de validez que los hace inmediatamente ejecutivos, y aunque referidos a la protección del sistema de Seguridad Social, despliegan a su vez efectos indirectos o reflejos sobre la relación de trabajo, en la que, declarada una situación de Incapacidad Permanente, desaparecería el efecto suspensivo de la IT previsto en el art. 45.1. c) ET, incluso aunque la resolución administrativa correspondiente fuese objeto de impugnación.

Sin embargo, en el caso, no pierde de vista la Sala que el alta médica dictaminada por la Mutua no se emitió hasta el 16 de septiembre, fecha posterior a la declaración de la IP en grado de parcial y a su notificación. Y que durante ese tiempo la trabajadora siguió recibiendo asistencia sanitaria y en situación de IT, razones por las cuales se estima el recurso de la actora, confirmando la sentencia de instancia, que declaró la **improcedencia del despido**.

## 16. Tiempo de trabajo

### 16.1. Trabajo en domingos

En el Convenio colectivo de Grandes Almacenes (BOE 10 de agosto de 2001) se establece un límite de **trabajo en domingos**, de seis por cada ocho semanas, no pudiendo cada trabajador prestar servicios más del 80% de los domingos que se abran cada año.

Se suscita, en primer lugar, si el ciclo de ocho semanas se computa de manera continua o alterna; en segundo término, si el límite del 80% de los domingos de apertura está referido a todos los domingos o sólo a aquellos en los que al trabajador le corresponda trabajar; y, por último, si el **calendario** de domingos laborables se debe establecer con antelación anual también para quienes están contratados para prestar servicios los domingos.

Desestimada la pretensión actora por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, la **STS de 16-7-2004 (Rc 50/03)** afirma que el módulo que actúa como límite se refiere a los domingos de apertura del establecimiento. Y no existe discriminación porque se trate de modo diferente a los trabajadores sometidos a régimen común de **jornada**, respecto de los **contratados a tiempo parcial** para trabajar sólo —y precisamente— los domingos.

Por fin, en la **STS de 13-10-2004 (Rc 171/03)** se declara que los trabajadores excluidos de trabajar en domingos o festivos deben no obstante participar en la preparación de las ventas especiales.

### *16.2. Reducción de la jornada por guarda legal*

La **STS de 25-1-2005 (Rc 24/03)**, que dice seguir el criterio de la precedente **STS de 25-5-2004 (Rc 61/03)**, considera acorde con el **principio de igualdad y no discriminación** la reducción del **complemento de antigüedad** en proporción a la **reducción de la jornada de trabajo por guarda legal** de un menor, o en cualquiera de los supuestos contemplados por la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

En concordancia con esta solución, la **STS de 15-3-2005 (Rc 10/03)** resuelve en idéntico sentido un conflicto colectivo en el que se suscitaba ese mismo problema, también respecto de los trabajadores de una empresa perteneciente al sector de Grandes Almacenes.

### *16.3. Retribución de las horas extraordinarias*

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha contribuido en estos últimos tiempos, a través de una ya larga serie de sentencias, a matizar la doctrina precedente sobre las fuentes de regulación de la **retribución de las horas extraordinarias**. Más en concreto, se aborda en esas resoluciones el problema de la fijación en convenio colectivo de los valores de la hora extra y los **límites de derecho necesario** a que la misma se somete. En todos los casos se trata de litigios ocasionados por la aplicación del convenio colectivo de la Compañía Trasmediterránea, que contiene un valor de la hora extra inferior a la ordinaria, a supuestos de exceso en el tiempo de embarque.

En las **SSTS de 28-11-2004 (Rc 976/04)**, **3, 21 y 22-12-2004 (Rc 6481/03, 978 y 453/04 y 635/04)**, **12-1-2005 (Rc 984/04)**, **7-2-2005 (Rc 982/04)**, **24-2-2005 (Rc 767/04)** y **14-3-2005 (Rc 776/04)**, tras un balance de la evolución del tratamiento de esta cuestión, y de la constatación de la inseguridad provocada por la inexistencia de criterios jurisprudenciales claros y terminantes, se afirma que del tenor literal del art. 35.1 ET, y también del precepto correspondiente del reglamento sobre **jornadas espe-**

**ciales de trabajo** en relación con la actividad de **trabajo en el mar**, se desprende una regla de derecho necesario indisponible, que impide al convenio fijar valores por debajo del precio de la hora ordinaria de trabajo.

Sobre el cómputo de las horas extraordinarias en relación con la duración máxima de la jornada semanal fijada en el Convenio colectivo de Manipulado y Envasado de Tomate Fresco de la Comunidad Autónoma de Murcia, cuando hay un festivo de lunes a viernes, y específicamente en relación con la jornada de los **trabajadores fijos discontinuos**, que tienen jornada anual inferior a los trabajadores a jornada completa, se puede consultar la **STS 16-3-2005 (Rc 65/04)**.

## 17. Trabajo asalariado

### 17.1. Trabajo asalariado y trabajo familiar

La delimitación entre **trabajo familiar** y **trabajo en régimen asalariado** es el problema que aborda la **STS de 11-3-2005 (Rc 2109/04)**.

Se trataba de una pareja que habían convivido de hecho hasta octubre de 2003, tiempo durante el cual la mujer, que estaba empadronada en otra localidad donde percibía una renta mínima de inserción, colaboró en el establecimiento de hostelería del que era titular el varón. Ambos acudían juntos al pub, en horario de apertura y cierre, y atendían indistintamente a la clientela, si bien la actora no realizaba pagos a proveedores ni disponía del dinero de la caja. En febrero de 2003 concluyó el contrato de arrendamiento del local, y el demandado dejó de regentar el pub, hasta que el primero de mayo siguiente suscribió un nuevo contrato de alquiler de local de negocio, esta vez de una cafetería, reanudando ambos la actividad anterior. La actora siempre dispuso de las llaves de los establecimientos, hasta que en octubre de 2003, coincidiendo con su separación del demandado, éste cambió la cerradura de forma que la actora no pudo acceder más al local. Planteada demanda por despido, la misma fue estimada, declarándose su improcedencia, pronunciamiento que fue confirmado por la Sala de suplicación.

La Sala Cuarta del TS, que comparte con la sentencia de instancia y la recaída en suplicación la apreciación de las diferencias existentes entre la relación familiar y la de **convivencia *more uxorio*** a los efectos de la exclusión establecida en el art. 1.3 e) ET, no hace lo propio res-

pecto de la concurrencia de las notas integradoras de la noción legal de **trabajo asalariado**, puesto que, además de lo ya referido, consta en los antecedentes fácticos que la actora figuraba autorizada en una cuenta corriente del demandado, sobre la que disponía de tarjetas de crédito, sin que conste, en cambio, que percibiese remuneración alguna por su colaboración en la explotación del negocio. La falta de **ajenidad** y **dependencia** se ponen de manifiesto, además, en la inexistencia de reclamación alguna o de inscripción en el desempleo tras el cese de la actora en el primer establecimiento, o en el hecho de que el demandado no le impusiese sanción disciplinaria cuando aquélla estuvo ausente nueve días de la localidad donde ambos residían. No existió, pues, trabajo asalariado en los términos del art. 1.1 ET.

### *17.2. Peritos tasadores de seguros y contrato de trabajo*

La STS de 14-3-2005 (Rc 2208/04) nos recuerda que es a partir de la existencia de subordinación, entendida como inserción en el círculo rector y disciplinario del empresario —ámbito de organización y dirección ajeno, como dice el art. 1.1 ET— como se puede atribuir carácter laboral a la actividad de valoración de daños que llevan a cabo para las compañías de seguros los **peritos tasadores**. Y en estos casos la **dependencia** se cifra en datos o indicios como la asistencia diaria a la empresa para recibir los encargos sobre las valoraciones que habrán de realizarse por el perito, la imposibilidad de rechazar tales encargos, la preeminencia del criterio del jefe de peritos sobre los del profesional, la atribución de los períodos vacacionales por decisión de la empresa, la asignación de zonas de trabajo por la compañía y el establecimiento por esta última de manera unilateral de las retribuciones. Indicios que concurren en ese caso y que conducen a afirmar la **competencia del orden social** para conocer de la controversia.

## **18. Traslados**

### *18.1. Traslados y centros móviles o itinerantes*

La STS de 14-10-2004 (Rc 2264/03), dictada por la Sala General, decide si resultan de aplicación las reglas del art. 40 ET a una empresa de montajes industriales.

Los seis demandantes han venido prestando sus servicios, desde el comienzo de su relación laboral, en numerosos centros de trabajo distintos, según las obras contratadas, y en especial en diversos centros situados en la provincia de Tarragona. Con fecha 16 de diciembre de 1998, recibieron comunicación de la empleadora en la que ponía en conocimiento de los trabajadores que al haber transcurrido un tiempo superior a doce meses desde que fueron destinados a las obras de Tarragona, consideraba que su situación de desplazados pasaba a convertirse en un verdadero **traslado**, por aplicación de lo dispuesto en el art. 40.4 ET; y que, por consiguiente, dejarían de percibir las dietas por desplazamiento, abonando a cambio la empresa una cantidad diaria por gastos mientras se prolongase la adscripción a las obras de Tarragona, sin necesidad de que los afectados cambiasen su domicilio de pernocta. Reclaman los actores en el proceso del que trae causa la referida sentencia el reconocimiento del derecho a seguir devengando las **dietas por desplazamiento**.

La Sala llega a la conclusión de que la demandada está claramente incluida en la excepción a que alude el art. 41.1 ET, referida a las empresas con centros móviles e itinerantes, por lo que no resultan de aplicación ninguna de las reglas sobre traslados y desplazamientos contenidas en el precepto legal de referencia, tampoco, como es lógico, la del párrafo cuarto, que otorga el tratamiento de los traslados a los desplazamientos que superen una determinada duración, y que tiene una clara finalidad protectora de los intereses del trabajador, que no permite interpretación contraria a tales derechos e intereses. Es más, en el supuesto lo que acontece es que se producen varios cambios a centros diferentes de forma sucesiva, por lo que no existe un traslado, que de por sí conllevaría cambio a un solo y nuevo centro de trabajo. Por ello mismo, la Sala se pronuncia también sobre una cuestión procesal, cual es la relativa al cauce procedente para instrumentar la pretensión actora, que será, naturalmente, el del **proceso ordinario** y no el de impugnación de traslados.

La sentencia se acompaña de un voto particular, en el que los magistrados que lo formulan muestran su discrepancia con el parecer de la mayoría, al entender que el hecho de que la empresa se dedique a **montajes industriales** no es suficiente para entender que todos sus establecimientos o dependencias son **centros móviles o itinerantes**, conforme al significado que se atribuye a los mismos en las sentencias de la propia Sala de 19-6-1995 y 4-12-1995, que exigen que concurra indeter-

minación espacial del puesto de trabajo, o bien emplazamiento múltiple de la actividad o servicio desarrollados. Y en el caso parece tratarse más de centros fijos con mayor o menor permanencia en el tiempo, en función de la obra contratada. Así pues, como los trabajadores pudieron accionar contra el traslado y no lo hicieron, no cabe que ahora pretendan mantener el derecho al devengo de dietas, incompatible con su nueva situación. La cuestión debatida, pues, no resulta clara ni fácil de dirimir.

## II. SEGURIDAD SOCIAL

### 1. Accidente de trabajo

#### *1.1. Recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad. El procedimiento no se suspende por la tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos*

La STS de 17-5-2004 (Rc 3259/03), cuya doctrina reitera la STS de 8-10-2004 (Rc 4552/03), ha resuelto la cuestión relativa a si procede suspender la tramitación de un expediente administrativo de recargo por falta de medidas de seguridad cuando los hechos determinantes del accidente de trabajo que generaron las prestaciones están siendo objeto de investigación en un proceso penal pendiente.

Conforme a esa doctrina la orden de paralización contenida en el art. 3.2 del RD 5/00 afecta exclusivamente al procedimiento sancionador y el de recargo por falta de medidas de seguridad no tiene esa consideración, aunque ciertamente su naturaleza sea un tanto compleja y presente algunos matices propios de la sanción. Por otra parte, la imposición del recargo no afecta al principio *non bis in idem* y en este sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1985 señalaba que «es cierto que la regla *non bis in idem* no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal o como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente la misma conducta». En definitiva, el mandato del art. 3.2 del RD 5/00 **no afecta a los expedientes en materia de recargo en las prestaciones porque**

la cuantía de su importe es compatible con la que pueda derivarse de la causa penal, y porque ésta tiene por objeto sancionar conductas individuales, mientras que el recargo se impone a la empresa como tal, haya o no una persona física responsable. Por todo ello, la Sala ha considerado que el mandato del art. 16.2 de la Orden de 18-1-96 es *ultra vires* por carecer de sustento legal.

## 2. Desempleo

### 2.1. Reducción de la jornada por guarda legal y cálculo de la prestación por desempleo

En el año 2004, la Sala IV del Tribunal Supremo se pronuncia en dos ocasiones sobre la forma de cálculo de la prestación por desempleo en supuestos de extinción del contrato de trabajo durante la vigencia de una reducción de jornada por guarda legal de un hijo menor de seis años, cuestionándose la interpretación y aplicación del art. 211.1 LGSS, conforme al cual la base reguladora de esa prestación estará constituida por el promedio de las bases de cotización por desempleo de los últimos 180 días anteriores al hecho causante.

La primera de estas sentencias (STS de 6-4-2004, Rc 4310/02) interpreta en términos finalistas la normativa aplicable y estima que procede aplicar la teoría del paréntesis en el sentido de excluir del cómputo el período de vigencia de la guarda legal, como situación transitoria de reducción de la jornada, y de retroacción al período anterior en el que la jornada era completa, en armonía con la normativa nacional y comunitaria sobre conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, especialmente la Directiva 96/34/CEE sobre el permiso parental, así como por la analogía existente con la excedencia para cuidado de hijos, también excluida de cómputo a estos efectos (art. 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo). A este respecto, la sentencia tiene en cuenta la cláusula 2.6 de la citada Directiva al establecer que «los derechos conseguidos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental», y que la propia STS de 11-12-2001 (Rc 1817/01) reconoció el derecho de una trabajadora despedida durante una situación de reducción de su jornada por guarda legal a una indemnización calculada sobre su jornada completa anterior.

Sin embargo, las STS de 2-11-2004 (recursos 5013/03, 5502/03, 4028/03 y 5876/03), dictadas en Sala General, rectifican expresamente la doctrina anterior y consideran que la regla debatida debe aplicarse literalmente, sin que la jurisdicción pueda excepcionar la aplicación de una norma legal en supuestos necesitados de especial protección, cuya tutela le corresponde en su caso al legislador.

A juicio de la Sala, la regla general de nuestro ordenamiento jurídico (art. 133 quater LGSS en relación con el art. 13 del Decreto 1646/72, en el supuesto general, y con el art. 5 del RD 144/99, para los contratos a tiempo parcial) estableciendo que la prestación ha de calcularse sobre el periodo coincidente con el tiempo de reducción de jornada no permite aplicar una regla especial que efectúe el cálculo sobre las bases de cotización a tiempo completo, pues **si el salario se calculara en función de una jornada reducida y las prestaciones en función de la retribución correspondiente a una jornada completa, quebraría entonces el principio general de proporcionalidad** entre la renta sustituida y la renta de sustitución.

Por otra parte, el Convenio 156 OIT, salvo la regla del art. 8 prohibiendo que las responsabilidades familiares puedan justificar la extinción del contrato a instancia del empresario, no contiene ninguna regulación sobre el permiso parental ni sobre la reducción de jornada legal, disponiendo meras indicaciones genéricas acerca de las medidas a adoptar por los Estados miembros en materia de discriminación por responsabilidades familiares, planificación social, servicios comunitarios, formación profesional, información y educación, que además no son de aplicación directa. La Directiva 96/34 CEE también deja en manos de la legislación estatal el establecimiento de medidas sobre Seguridad Social, como no podía ser de otro modo, y aunque el art. 6 hace referencia a la inamovilidad de los derechos adquiridos o en curso de adquisición por los trabajadores en la fecha de inicio del permiso parental, la Sala niega que haya un derecho adquirido a cobrar las prestaciones de desempleo en una determinada cuantía conforme a una base de cotización histórica, dado que la norma reguladora de esa adquisición prevé un criterio de cálculo «en función de las retribuciones y de las bases de cotización futuras».

Por último, la sentencia rechaza la aplicación analógica del art. 180 LGSS por referirse a la excedencia y no a la reducción de jornada por maternidad, respecto de la cual además el art. 5.2 del RD 144/99 corri-

ge la incidencia del criterio de cálculo sobre la última base de cotización. Y añade que tampoco cabe sostener el criterio finalista de las SSTS de 15-10-1990 y 11-11-2001 por tratarse de supuestos distintos.

La doctrina de Sala General ha sido reiterada por las SSTS de **23-11-2004 (Rc 166/04)** y **14-3-2005 (Rc 2457/04)**.

## ***2.2. Trabajadores fijos discontinuos. Se protegen los periodos de ocupación entre campañas aunque no supongan pérdida de un empleo anterior***

El contrato de los trabajadores fijos discontinuos presenta una peculiaridad consistente en que, junto a la pérdida del empleo por las causas normales de extinción o suspensión del contrato de trabajo, hay otra causa determinante de la falta de ocupación derivada de que las prestaciones básicas están configuradas como prestaciones discontinuas en las que se prevén periodos de inactividad.

La cuestión relativa a si el periodo entre campañas de estos trabajadores puede considerarse como situación protegida es resuelta por la **STS 29-9-2004 (Rc 6032/03)** aplicando, por una parte, la previsión del art. 208.4 LGSS, en su redacción anterior a las reformas introducidas por el RD Ley 5/02 y la Ley 45/02, en cuanto considera en situación legal de desempleo a los trabajadores fijos de carácter discontinuo cuando **carezcan de ocupación efectiva en los términos que se establezcan reglamentariamente**; y, por otra, lo dispuesto en el art. 1.5 del RD 625/85 que reconoce expresamente como **situación protegida de desempleo** la que se produzca «cuando los trabajadores fijos discontinuos dejen de prestar servicios por haber finalizado o haberse interrumpido la actividad intermitente o de temporada de la empresa».

## ***2.3. Subsidio de desempleo para mayores de 52 años de trabajadores migrantes. Se computan las cotizaciones efectuadas en Suiza por aplicación del Convenio Europeo de Seguridad Social***

Esta Sala ha venido considerando, en relación con el acceso al subsidio de desempleo para mayores de 52 años por parte de trabajadores que han completado toda su carrera de seguro en un Estado de la Comunidad Europea para regresar luego a España y beneficiarse del subsidio para emigrantes retornados previsto en el art. 215.1.1 c) LGSS, que

cuando la cotización se había efectuado exclusivamente en países extranjeros no se reunían los requisitos necesarios para acceder a tal subsidio, por dos razones fundamentales: la primera es que respecto de la carencia de seis años de ocupación cotizada exigidos como carencia efectiva de desempleo no cabía aplicar la regla de totalización del art. 67 del Reglamento 1408/71 puesto que el trabajador sólo había cotizado a la Seguridad Social de un país (STS de 25-5-1994, Rc 3592/93); y la segunda, porque, al no cumplirse el mínimo de cotización de un año previsto por el art. 48 del Reglamento citado, tampoco cabía totalizar periodos de seguro, conforme a la regla del art. 47, con el objeto de acreditar la carencia necesaria para acceder a la pensión de jubilación (STS de 28-2-1994, Rc 763/93).

Esa doctrina fue modificada a raíz de la STJCE de 20 de febrero de 1997 (asunto Martínez Losada) en la que se establecieron las siguientes conclusiones: 1.<sup>a</sup>) el subsidio de desempleo para mayores de 52 años es una prestación de desempleo; 2.<sup>a</sup>) el art. 48 del Reglamento 1408/71 no es aplicable a las prestaciones de desempleo; 3.<sup>a</sup>) es el órgano judicial nacional el que debe determinar la concurrencia del requisito del art. 67 apartado 3 del Reglamento cuando el interesado no ha trabajado nunca por cuenta ajena en ese país aunque la entidad gestora ha cotizado por él para asistencia sanitaria y prestaciones familiares; y 4.<sup>a</sup>) no es contraria a los arts. 48 y 51 del Tratado CE y al Reglamento la exigencia de un periodo de cotización de quince años en uno o en varios Estados miembros para acceder al subsidio por desempleo. En consecuencia, esta Sala declaró en su sentencia de 17-12-1997 (Rc 4130/96) que para el reconocimiento del subsidio bastaba con acreditar ese periodo mínimo cotizado sin necesidad de haber cubierto un año de cotización a la Seguridad Social española. Posteriormente, la doctrina unificada aplicó el mismo criterio respecto de los seis años de cotización específica de desempleo en el entendimiento de que la afiliación y cotización por asistencia sanitaria y prestaciones familiares constituye un periodo de seguro que integra el requisito de cotización del art. 67.3 del Reglamento Comunitario.

En relación con una trabajadora que acredita un total de 355 meses cotizados en Suiza y que percibió el subsidio de desempleo para emigrantes retornados, la **STS de 7-3-2005 (Rc 894/04)** acoge la denuncia infracción del art. 51 del Convenio Europeo de Seguridad Social (Boletín Oficial del Estado de 12-11-86) —ratificado por España y Suiza y que cubre las prestaciones de desempleo—, respecto del cual no tuvo oportunidad de pronunciarse la sentencia de 25 de mayo de 1994 por no

haberse invocado en el recurso, y **considera aplicable con carácter preferente al supuesto enjuiciado el art. 51, redactado sustancialmente igual que el art. 48 del Reglamento, para la totalización de periodos de cotización realizados en Suiza a efectos de las prestaciones de desempleo, en lugar del Convenio Hispano-suizo** (Boletín Oficial del Estado de 1-9-70). Como así se infiere además del art. 5 del propio Convenio Europeo en cuanto prevé que sustituirá a cualquier convenio de Seguridad Social que vincule a dos o más partes contratantes.

**La doctrina de esa sentencia ha sido reiterada por la STS 16-3-2005 (Rc 6168/03).**

#### ***2.4. Socio de cooperativa de trabajo asociado. Cese definitivo por causas tecnológicas, económicas o de fuerza mayor. Ha de constatarse por la autoridad laboral***

El RD 1043/85, de 19 de junio, por el que se ampliaba la protección de desempleo a los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado preveía entre las causas de situación legal de desempleo el cese con carácter definitivo por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, exigiendo el art. 3 que tales causas fuesen debidamente constataadas por la autoridad laboral. Y, a su vez, el art. 4, afectado por la reforma introducida por el RD 42/96, que ampliaba la protección por desempleo a los socios trabajadores en situación de cese temporal o de reducción de jornada, determinó la autoridad competente y el procedimiento a seguir.

Por otra parte, las dos modalidades de extinción contractual establecidas en los arts. 51 y 52 ET —expediente de regulación de empleo y despido objetivo— tienen su correlativa regulación en materia de desempleo en el art. 208.1.1 a) y 1.1 d) LGSS en el que no hay intervención administrativa, a diferencia del régimen introducido por el RD 1043/85 el cual tan sólo prevé una posibilidad, al margen del número de trabajadores afectados, en los arts. 3 b) y 4. De ahí que la **STS de 16-5-2005 (Rc 3943/03)** considere ajustada a derecho la resolución del INEM que denegó las prestaciones de desempleo a una trabajadora, cuyo vínculo laboral con la cooperativa se había extinguido por causas técnicas u organizativas, «por no encontrarse en situación legal de desempleo», aduciendo dos argumentos: el primero es que **la normativa introducida por el RD 1043/85 no sólo no fue derogada por el RD Legislativo**

1/94, sino que el RD 42/96 amplió la protección a las situaciones señaladas anteriormente, remitiéndose su Disposición Final Segunda con carácter supletorio a la LGSS y sus normas de desarrollo, en particular, el RD 1043/85; norma ésta última que, por otra parte, **no puede considerarse *ultra vires*** en cuanto que la propia Ley 31/84 autorizó a definir el ámbito subjetivo de la protección por desempleo y la posibilidad de condicionarla a lo que reglamentariamente se estableciese.

### ***2.5. Trabajador en situación de excedencia voluntaria que presta servicios luego para otra empresa y es cesado en esta última por decisión empresarial. Situación legal de desempleo***

El trabajador que está en situación de excedencia voluntaria en una empresa, trabaja luego para otra y es despedido de manera improcedente por ésta cuando todavía no ha transcurrido el periodo de excedencia, se encuentra en situación legal de desempleo. Así lo ha declarado la **STS de 29-12-2004 (Rc 5582/03)** teniendo en cuenta, por un lado, el tenor literal del art. 203.1 LGSS y, por otro, la realidad jurídica de quien se halla en esa situación. El primero menciona a quienes «pudiendo y queriendo trabajar pierdan su empleo» y la segunda implica que el trabajador, *ex art. 46.5 ET*, sólo puede reingresar cuando haya transcurrido el periodo por el que fue concedida la excedencia y siempre que hubiera vacante en la empresa de igual o similar categoría a la suya. En consecuencia, la Sala considera que es una exigencia excesiva condicionar la declaración de desempleo involuntario a la solicitud de un reingreso al que claramente no se tiene derecho por faltar mucho tiempo para concluir el periodo de excedencia. Y reitera en este sentido la doctrina establecida en la sentencia de 24-3-2001 (Rc 749/00).

## **3. Encuadramiento**

### ***3.1. Cambio de encuadramiento de los vendedores de cupones de la ONCE: efectos retroactivos en la cotización y en las bases reguladoras de prestaciones***

Los problemas de calificación jurídica de una relación de trabajo y el consiguiente encuadramiento en la Seguridad Social suelen plantearse o manifestarse, por obvias razones económicas, en relación con la cotiza-

ción o con la determinación y cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones, con el objeto indirecto, pero el interés principal por parte del trabajador, de acceder a determinado nivel de protección, en su caso mediante el aumento de la cotización, o, por el contrario, de reducir este coste para la empresa o el propio trabajador.

En el año 2004, un interesante problema de este tipo se plantea en la **STS de 7-10-2004 (Rc 1428/03)**, como efecto adyacente además de un criterio adoptado años antes (STS de 26-9-2000, Rc 1737/99) en relación con la calificación jurídico-laboral de los vendedores de cupones de la ONCE como sujetos de una relación laboral común y no de la especial de mediación mercantil [art. 2.1.f) ET].

Hasta la adopción de este criterio jurisprudencial la citada Organización venía considerando a sus vendedores de cupones como mediadores mercantiles, cotizando por ellos, con la aquiescencia de la TGSS, conforme a las reglas especiales establecidas al efecto, esto es, con unas bases máximas notablemente inferiores, hasta 2001, en que se equiparan a las fijadas respecto de grupo quinto de cotización del Régimen General, al que los representantes mercantiles están asimilados (art. 31.3 RD 2064/1995, de 22 de diciembre).

Una vez que se estima que los vendedores de cupones no son intermediarios o mediadores en negocios jurídicos de intercambio sino expendedores, y que se procede a cotizar por ellos, desde la citada sentencia de 2000, como trabajadores comunes, se plantea al Tribunal el alcance de esta doctrina en relación con el cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones, realizado por la Entidad gestora conforme a las bases de cotización acreditadas en el período de cálculo, es decir, de cuantía inferior a las que se hubieran reconocido conforme a las reglas generales del RGSS.

Reiterando el criterio mantenido en las anteriores SSTS de 29 y 30 de abril de 2002 (recursos 1468/01 y 212/01), entre otras, dictadas en un supuesto similar al ahora expuesto (estimación de la procedencia del alta en el RETA de los subagentes de seguros con ingresos superiores al SMI y aplicación retroactiva de este criterio en relación con la cotización), la **STS de 7-10-2004 (Rc 1428/03)** reitera que la jurisprudencia no constituye una fuente del Derecho en sentido propio, sino tan sólo una fuente complementaria con efectos declarativos del alcance de la norma que interpreta, a cuya vigencia se anuda, por lo que procede **calcular la base**

**reguladora de la pensión litigiosa**, en el caso debatido de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, **conforme a las bases establecidas con carácter general para el grupo quinto de cotización del RGSS, y no conforme a los límites previstos para los representantes de comercio.**

No es objeto de debate en este caso la eventual responsabilidad de la empresa por infracotización aunque se trata de un tema ya planteado ante la Sala en términos que ponderan, por una parte, el régimen legal existente hasta que se dicta la STS de 26-9-2000, considerado correcto por la TGSS, y, por otra, la doctrina unificada en esa materia que ha venido distinguiendo entre los incumplimientos empresariales nítidos y persistentes y aquellos otros en los que no existe una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

***3.2. Inclusión en el RETA de un administrador ejecutivo de sociedad capitalista que posee más del 90% de las acciones aunque en los estatutos sociales el cargo no sea remunerado. Análisis de la Disposición Adicional 27.<sup>a</sup> LGSS según la redacción dada por la Ley 50/98. Sustitución del término «servicios retribuidos» por el de «lucrativo»***

Esta Sala, a partir de la STS de 29-1-1997 (Rc 2577/95), ha venido interpretando el art. 2.3 del Decreto 2530/70 en el sentido de que los administradores sociales con una participación inferior al 50% en el capital social de la empresa debían figurar encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social (SSTS de 18-2-1997 y 26-1-1998), con la consecuencia de que si lo eran de su propia empresa, esto es, si tenían la titularidad de un porcentaje superior de acciones habían de encuadrarse en el RETA (SSTS de 30-1-97, 20-3-1997, 5-2-1998 y 7-7-1999).

La Ley 66/97 introdujo la Disposición Adicional 27.<sup>a</sup> a la LGSS estableciendo distintos supuestos de inclusión obligatoria en el RETA y haciendo una referencia reiterada a «quienes presten servicios retribuidos por cuenta de una sociedad mercantil capitalista», bien por formar parte de sus órganos de administración, bien por prestar servicios de otra naturaleza por cuenta de la sociedad, siempre que posean su «control efectivo» mediante la participación directa en el capital social o por cualquier otro medio.

El art. 34.2 de la Ley 50/98 modificó la Disposición citada y sustituyó el término «servicios retribuidos» por el de «título lucrativo», lo que ha sido interpretado por las **SSTS de 24-1-2005 (Rc 363/04)**, **25-1-2005 (Rc 5459/03)** y **12-4-2005 (Rc 1328/04)** como una forma de regular el problema de la retribución de los administradores ejecutivos que tengan, al menos, la mitad del capital social o que, teniendo un porcentaje inferior, dispongan del control efectivo de la sociedad, exigiendo por tanto junto a este requisito que **el cargo sea desempeñado a título lucrativo**; expresión ésta más amplia, a juicio de la Sala, que la anterior, y significativa de que el desempeño de funciones de dirección y gerencia propias de los cargos de consejero o administrador tiene por objeto obtener beneficios, no como una remuneración directa sino como una atribución patrimonial propia de la actividad empresarial, vinculada por lo demás a la obtención de un lucro según el art. 116 del Código de Comercio. En definitiva, **el cometido de un cargo societario sin remuneración de hecho** no impide considerar que la actividad se ejerce a título lucrativo y que el interesado reúne por tanto todos los requisitos previstos en la Disposición Adicional 27.<sup>a</sup> LGSS para su **inclusión obligada en el RETA**.

#### 4. Incapacidad permanente

##### *4.1. Base reguladora de los trabajadores fijos discontinuos durante el periodo en que no hay obligación de cotizar*

En relación con los trabajadores fijos discontinuos se plantea ahora el debate, para determinar la base reguladora de la incapacidad permanente absoluta, de si deben considerarse lagunas de cotización a efectos de ser integrados como bases mínimas sólo los meses completos en que haya existido obligación de cotizar o bien, han de integrarse con bases mínimas los meses en que se haya trabajado uno, dos o tres días. A pesar de la literalidad del art. 140.4 LGSS, la **STS de 20-12-2004 (Rc 4717/03)** llega a la conclusión de que, teniendo en cuenta su contexto, espíritu y finalidad, **debe aplicarse la base mínima de cotización a los días en que no se presten servicios aunque el periodo de inactividad laboral no coincida con meses completos**, por dos razones fundamentales: la primera es que la **Disposición Adicional 7.<sup>a</sup> LGSS**, aplicable a los contratos fijos discontinuos, prevé en su apartado 1 tercero b) que «la integración de los periodos durante los que no haya obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización» sin establecer limitación alguna respecto a los

meses completos; y la segunda es que la interpretación contraria daría lugar a una **irrazonable desigualdad de trato** derivada de un dato aleatorio como es la coincidencia o no de la inactividad laboral con meses completos, lo que determinaría una mayor o menor cuantía de la base reguladora. La Sala puntualiza además que la base mínima de cotización debe actuar como tope máximo de integración cuando se haya trabajado alguno o algunos de los días del mes en que no se haya trabajado durante el resto, con el objeto de que la base reguladora así obtenida no supere la de un trabajador a tiempo completo que cotiza durante este tiempo por una base mínima. Todo ello, atendiendo a un criterio lógico y finalista acorde con la reforma introducida por la Ley 52/03 —no vigente en la fecha del hecho causante— que añadió un segundo **apartado al art. 140.4 LGSS regulando la integración y el tope de la base mínima mensual.**

#### ***4.2. Efecto positivo de la cosa juzgada. La contingencia declarada en un proceso de incapacidad temporal produce efecto vinculante en el de incapacidad permanente absoluta***

El art. 222 LEC, relativo a la cosa juzgada material, dispone en su apartado cuarto la eficacia positiva o prejudicial respecto de lo resuelto por sentencia firme en un proceso anterior siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos. Interpretando dicho precepto, la **STS de 14-4-2005 (Rc 1850/04)** declara que la contingencia de enfermedad común reconocida en un proceso de incapacidad temporal por resolución judicial firme **produce efecto vinculante en el posterior donde ha de determinarse la contingencia de la incapacidad permanente absoluta**, con base en los siguientes argumentos: 1.º) la sentencia originaria es firme; 2.º) los dos procedimientos son consecutivos y se sustentan en los mismos hechos y lesiones; 3.º) hay identidad de objeto aunque se trate de prestaciones y situaciones de incapacidad distintas; y 4.º) las partes del segundo proceso lo han sido también en el primero.

#### ***4.3. Accidente de trabajo. Revisión de invalidez permanente por agravación. Secuelas ulteriores que por sí solas determinan el grado superior de invalidez. No se exige el cumplimiento de los requisitos de alta y cotización***

Esta Sala (STS de 18-2-2002, Rc 2424/01) se había pronunciado en relación con un supuesto de revisión por agravación de una incapacidad

permanente derivada de accidente de trabajo, en concreto, respecto a si son exigibles los requisitos de alta y cotización para declarar un nuevo grado por secuelas ulteriores y completamente distintas a las que determinaron el reconocimiento originario. El criterio que mantuvo entonces era la imposibilidad de establecer una regla única para todos los supuestos y que la solución correcta en cada caso exigía tener en cuenta las particularidades concurrentes.

La **STS de 4-11-2004 (Rc 1045/03)**, dictada en Sala General, resolvió un recurso de la entidad gestora en el que alegaba la infracción del art. 138.3 LGSS y rectificó esa doctrina partiendo de la noción de «globalidad» (**el resultado de la valoración es un todo en el contexto de la patología afectante**) que ya había sostenido la STS de 12-6-2000 (Rc 898/99) la cual, a su vez, recordaba que la STS de 6-5-1994 (Rc 2016/93) rechazó que en ese supuesto se infringiese el art. 27.3 LPL porque el objeto del proceso era una pretensión procesal única: el reconocimiento de una invalidez permanente a quien la tenía reconocida en un grado inferior derivada de accidente de trabajo. Por lo tanto, se trata de una pensión única (STS de 20-12-1993) que no puede ser calculada sobre dos base reguladoras diferentes. Y, con anterioridad, la STS de 9-6-1987 había declarado que la agravación debía referirse a la situación de invalidez apreciada en su conjunto teniendo en cuenta no sólo las lesiones originarias del grado ya reconocido sino también las que hubieran sobrevenido por otras contingencias.

## 5. Mejoras voluntarias

### 5.1. *Convenio colectivo de banca privada. Derecho al rescate o movilización de los fondos internos constituidos por la empresa para atender los compromisos por pensiones*

El problema recurrente del rescate o movilización de los fondos correspondientes a las prestaciones complementarias previstas en el convenio colectivo de Banca privada por parte de los empleados que cesan con anterioridad a causar derecho a las correspondientes prestaciones se aborda en la **STS 31-1-2005 (Rc. 1802/03)**. La sentencia, sin cita de precedentes, señala que el rescate no procede, **porque ni el art. 192 LGSS, ni el convenio colectivo conceden este derecho**, de modo que hasta el momento del hecho causante el trabajador sólo tiene una expectativa de

derecho. Y en cuanto a la normativa reguladora de los planes de pensiones, sólo cabe tener en cuenta la vigente a la fecha de extinción del contrato, esto es, la Disposición Adicional Primera de la Ley 8/1987 y la Disposición transitoria 14.2 de la Ley 30/1995 que establecían la obligación de externalizar los compromisos por pensiones. Pero al haberse ido aplazando esa obligación —hasta el 31-12-04—, «tampoco rigen obligaciones derivadas precisamente de la constitución de tales garantías».

Un recurso de interés sobre la supresión de ventajas sociales de los empleados de una organización bancaria, como consecuencia de un acuerdo de transacción en un conflicto colectivo quedó sin respuesta de fondo en la **STS 12-2-2005 (Rc. 806/04)** por apreciarse causas de inadmisión.

### ***5.2. Concurrencia de extinción del contrato de trabajo indemnizado como despido improcedente y reconocimiento de una incapacidad permanente con derecho a indemnización prevista en el convenio colectivo. Compatibilidad***

En la STS de 9-12-1999 se abordó el problema relativo a la concurrencia de las indemnizaciones por despido y el complemento por incapacidad permanente absoluta previsto como mejora voluntaria en un caso en el que la pensión se había reconocido con posterioridad al despido del trabajador pero con una fecha de efectos económicos anterior al acto extintivo. La Sala reconoció el derecho a las dos indemnizaciones aunque apreciando una situación de incompatibilidad que traía como consecuencia el deber de optar por percibir una u otra cantidad; en definitiva, el descuento de la indemnización por despido del importe de la prestación complementaria a cargo de la empresa.

La **STS de 4-5-2005 (Rc 1899/04)** ha rectificado esa doctrina en relación con un supuesto de reconocimiento de una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo que se efectúa por una sentencia que fija una fecha de efectos económicos coincidente con la del despido de la trabajadora, posteriormente conciliado como improcedente con abono de la oportuna indemnización. La Sala enfoca el problema desde una doble perspectiva: en primer lugar, **el hecho causante de la prestación es la fecha del accidente** (STS de 1-2-2000 y posteriores), **momento en el que estaba vigente el contrato de trabajo**, y la causa extintiva del art. 49.1 e) no se produce desde la fecha de efectos de la

declaración de incapacidad permanente sino a partir de la fecha de esa declaración, por lo que ésta no desvirtúa los efectos del despido acordado por la empresa [art. 49.1 k)]; en segundo lugar, **la duplicidad de indemnizaciones no comporta una incompatibilidad en sentido estricto porque tienen por objeto reparar daños distintos** —en criterio coincidente con el voto particular formulado a la STS de 17-5-2000—, lo cual significa que tampoco puede hablarse de un enriquecimiento sin causa en los términos en que lo ha definido la doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup>, esto es, «adquisición de una ventaja patrimonial con empobrecimiento de otra parte, con relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento y con falta de causa en tal desplazamiento patrimonial», pues aunque exista un desplazamiento patrimonial que beneficia a una parte y perjudica a otra, tiene su origen en causas diferentes que operan con plena independencia sin interferir la una con la otra. Todo ello, sin perjuicio de que las decisiones adoptadas por el empresario hubieran podido ser precipitadas o faltas de previsión.

## 6. Incapacidad temporal

### 6.1. *Compatibilidad del subsidio de incapacidad temporal en el RGSS con el mantenimiento del alta en el RETA sin trabajo efectivo*

La Sala IV del Tribunal Supremo ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la aplicación del art. 132.1.b) de la LGSS (pérdida o suspensión del derecho al subsidio de incapacidad temporal por la realización de trabajos por cuenta propia o ajena) en supuestos de pluriactividad, considerando la relación entre las dolencias y las limitaciones funcionales sufridas y los trabajos concurrentes, en la STS de 19-2-2002 (Rc 2127/01), en el caso de un trabajador afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos como trabajador agrario por cuenta propia y simultáneamente al Régimen General como auxiliar administrativo a tiempo parcial, que iniciaba una situación de incapacidad temporal en el RETA con el diagnóstico de hernia discal, continuando en su prestación de servicios como auxiliar administrativo por cuenta ajena.

En el año 2004 vuelve a plantearse esta cuestión en la **STS 7-4-2004 (Rc 1508/03)**, si bien en un supuesto más sencillo en el que se discute la compatibilidad del derecho al subsidio por incapacidad temporal derivada de un cuadro degenerativo lumbar con un gran componente doloroso,

de un asistente social incluido en el RGSS, con su simultánea alta en el RETA como administrador social de una entidad de la que era socio.

Siguiendo su anterior doctrina y teniendo especialmente en cuenta que en los grados judiciales precedentes se había declarado que **durante el período de baja por incapacidad temporal el actor no había desempeñado trabajo efectivo alguno como administrador societario**, la Sala reconoce la procedencia del mantenimiento del subsidio debatido confirmando en tal sentido las resoluciones anteriores, sin que el simple alta en el RETA implique necesariamente la continuidad en el trabajo por cuenta propia, como en términos presuntivos parecía pretender la Entidad gestora.

## ***6.2. Responsabilidad empresarial por falta de alta durante el período correspondiente a los salarios de tramitación por despido improcedente reconocido en conciliación administrativa***

La consideración, a efectos de Seguridad Social, del período de devengo de salarios de tramitación en caso de despido declarado nulo o improcedente, desde que se adopta la decisión extintiva hasta que se reconoce o declara su nulidad o improcedencia, ha sido una cuestión tradicionalmente compleja, sobre todo en relación con la situación de desempleo subsiguiente y, en su caso, con respecto a la eventual concurrencia de una incapacidad temporal.

En este momento, y tras algunos avatares jurisprudenciales y normativos, el referido período de salarios de tramitación se considera como «de ocupación cotizada a todos los efectos» (art. 209.6 LGSS), parece que con independencia de la forma en que se reconozca la improcedencia del despido, esto es, judicialmente, en conciliación o por simple declaración de la empresa (art. 56 ET).

La consideración del período de devengo de salarios de tramitación en supuestos de despido improcedente se complica, sin embargo, en el supuesto debatido por la **STS de 22-7-2004 (Rc 4037/03)** en el que la empresa, tras decidir el despido de un trabajador y darle de baja en la Seguridad Social, reconoce su improcedencia en conciliación administrativa fijando entonces como fecha de efectos de la extinción la del propio acto de conciliación, de modo diferente a lo previsto en el art. 56.2 ET. En este caso el conflicto surge al iniciar el trabajador despedido un

proceso de incapacidad temporal entre una y otra fecha y al negarse la Entidad gestora al abono directo del correspondiente subsidio por no encontrarse el trabajador de alta en la Seguridad Social en el momento del hecho causante.

Tras analizar las diferentes previsiones legales, y su evolución, según la improcedencia se reconozca en sede judicial o en conciliación administrativa, la Sala estima que **el período de devengo de salarios de tramitación debe considerarse como de «alta condicional y en estado latente»** hasta la declaración de improcedencia del despido (al menos hasta la reforma del art. 209.6 LGSS por obra de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en que parece tratarse como situación de alta real), y que esta consideración debe extenderse al supuesto debatido, en el que la única incorrección por parte de la empresa se ciñe a la fecha de efectos del despido en el acto de conciliación. Y considera injustificado lo pretendido por la Entidad gestora de hacer responsable a la empresa del subsidio litigioso por incumplimiento de su obligación de alta del actor (art. 95.1.2.ª LGSS 1966), dada la procedencia de la baja en la fecha del despido y el cumplimiento de la obligación de cotizar por el período correspondiente a los salarios de tramitación.

### ***6.3. Cuantía del subsidio. Reforma del art. 222.1 LGSS operada por la Ley 24/01. No se aplica a la prestación de incapacidad temporal causada antes de la entrada en vigor de la Ley***

El art. 34.10 de la Ley 24/01 modificó el art. 222.1 LGSS disponiendo que «cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del art. 208 y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la prestación por desempleo contributivo que le corresponda de haberse iniciado la percepción de la misma en la fecha de extinción del contrato de trabajo, o el subsidio por desempleo».

Esta Sala, en la **STS de 26-4-2005 (Rc 2247/04)**, dictada en Sala General, ha resuelto la cuestión relativa a si la nueva regulación del importe de la prestación de incapacidad temporal para los supuestos de

extinción del contrato de trabajo cuando se está percibiendo dicha prestación, es aplicable a las situaciones de incapacidad temporal surgidas antes de su vigencia, o si, por el contrario, esa regulación sólo puede aplicarse a las situaciones de incapacidad temporal posteriores a la fecha en que la reforma entró en vigor, el 1-1-02. La *ratio decidendi* de la sentencia es que **la norma aplicable en los casos de sucesión normativa es la que estuviera vigente en la fecha del hecho causante de la prestación** (SSTS, entre otras muchas, de 5-6-1992, 10-4-1996, 1-3-1997, 22-7-1998, 3-11-1999, 16-10-2003 y 10-2-2004), según la regla general contenida en la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> LGSS. Por lo tanto, resulta irrelevante el momento en que se haya causado la prestación de desempleo ya que el trabajador al que se le extingue su contrato estando en situación de incapacidad temporal mantiene el percibo de la prestación correspondiente a esa contingencia, variando únicamente la cuantía, y la de desempleo sólo se causa cuando se extinga la situación de incapacidad temporal.

#### ***6.4. Incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Responsabilidad subsidiaria del INSS cuando el empresario tiene cubierta la contingencia con una Mutua y es declarado responsable directo del pago de la prestación***

El art. 69.1 del RD 1993/95, según redacción dada por el RD 250/97, concede la opción al empresario de asegurar la contingencia de incapacidad temporal derivada de enfermedad común por la misma Mutua que tiene cubiertos los riesgos de accidente de trabajo y enfermedad profesional, estableciendo al respecto el art. 71.1 que las Mutuas deberán asumir esa cobertura con el mismo alcance que las entidades gestoras de la Seguridad Social y sujetas a las normas reguladoras de dicha prestación en el régimen de la Seguridad Social.

La **STS de 27-4-2005 (Rc 2130/04)** ha resuelto la cuestión relativa a si el INSS debe responder o no subsidiariamente del pago de la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común cuando el empresario ha sido declarado responsable directo del pago de esta prestación y la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional, con la que había asegurado el riesgo de esta contingencia ordinaria, ha anticipado el pago al resultar insolvente la empresa. Partiendo de la normativa citada y siendo evidente que las entidades gestoras no pueden

reasegurar el riesgo de la responsabilidad empresarial por falta de cotización ni tampoco resarcirse de lo que satisfagan al trabajador por medio de otra entidad u organismo, la Sala considera que, una vez asumida por la Mutua la función aseguradora, el INSS no responde subsidiariamente del pago de la prestación dado que **las Mutuas están sometidas al mismo régimen jurídico de la Seguridad Social**, y teniendo en cuenta asimismo que el art. 71.2 del citado Real Decreto, al regular el sistema de financiación, prevé una contraprestación para las Mutuas consistente en el percibo de la fracción de cuota que se determine por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. La Sala alcanza esta conclusión sin desconocer la doctrina unificada en materia de responsabilidad subsidiaria del INSS y obligación de anticipo de la Mutua con respecto al pago de prestaciones derivadas de accidente laboral y enfermedad profesional en los casos de incumplimientos empresariales reiterados y rupturistas, pero puntualiza que esa responsabilidad subsidiaria le viene atribuida por el concepto de sucesor del extinguido Fondo de Garantía de accidente de trabajo y enfermedad profesional, sin que existan, por el contrario, normas concretas sobre contingencias comunes y anticipadas por la Mutua.

#### ***6.5. Contingencia. Ertzaina que sufre trastornos psíquicos. Es aplicable el art. 115.2 e) LGSS***

El art. 115.2 e) LGSS considera accidente de trabajo «las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo». La **STS de 18-1-2005 (Rc 6590/03)** declara la contingencia de accidente de trabajo respecto del proceso de incapacidad temporal iniciado por un ertzaina con el diagnóstico de trastornos de adaptación por estrés con alteraciones emocionales y de la conducta, causados por las actuaciones de terceros motivadas por el ejercicio de su condición profesional de ertzaina. La razón de decidir de la sentencia es **que la exigencia de la concreción del ejercicio profesional excede de las previsiones del precepto citado** ya que «la causa exclusiva de la ejecución» implica no sólo la represalia contra una concreta actuación policial sino también la ejercida contra «la fidelidad a la profesión policial mediante el cabal cumplimiento de los deberes y de las funciones que tal profesión impone a través de su ejercicio diario». Y el hecho de que concurra la responsabi-

lidad civil o criminal de un tercero no impide el reconocimiento de la contingencia profesional [art. 115.5 b) LGSS] ni por tanto el interesado tiene por qué acudir a otras vías jurisdiccionales para exigir un posible resarcimiento de daños y perjuicios.

## 7. Muerte y supervivencia

### 7.1. *Desaparición en accidente y declaración de fallecimiento*

El reconocimiento de prestaciones por muerte y supervivencia en supuestos de desaparición del causante «con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte», se separa de las reglas generales sobre declaración de fallecimiento establecidas en el Código Civil (art. 193 y ss.), puesto que no se condiciona a esta declaración sino tan sólo al transcurso de noventa días sin noticias de la persona desaparecida, devengándose las prestaciones correspondientes, salvo el auxilio por defunción, desde la fecha del accidente en las condiciones establecidas reglamentariamente (art. 172.3 LGSS).

El desarrollo de esta previsión legal está contenido en el art. 7 de la Orden de 31-7-72, estableciendo que, en tales supuestos, las prestaciones correspondientes deberán solicitarse en el plazo de 180 días desde la finalización del previo plazo de 90 días sin noticias del desaparecido, en cuyo caso dichas prestaciones se devengarán desde la fecha del accidente (art. 7.1.3.º), añadiendo que transcurrido el plazo de solicitud será necesaria la declaración de fallecimiento para poder acceder a las prestaciones (art. 7.2).

La **STS de 15-12-2004 (Rc 1858/03)** declara que esta última **previsión reglamentaria** no es válida ni eficaz, por ir más allá de lo legalmente autorizado e **incurrir por ello en exceso *ultra vires*** al añadirse un requisito para el acceso a las prestaciones (de viudedad, en el supuesto debatido), constituido por la declaración de fallecimiento, cuando la remisión legal se refiere tan sólo a la regulación de la retroacción de sus efectos económicos, por lo que debe entenderse que la solicitud de prestaciones después del transcurso del plazo de 180 días comporta únicamente el límite de los efectos económicos a los tres meses anteriores (art. 178 LGSS), sin que su reconocimiento esté condicionado por la declaración civil de fallecimiento.

## 7.2. *Pensión de viudedad. Reconocimiento a ex cónyuge que convivió maritalmente con otra persona antes del fallecimiento del causante*

Una de las diferencias más relevantes establecidas *ex lege* entre los pensionistas de viudedad cuyo matrimonio se encontraba vigente en el momento del fallecimiento del causante y los ex cónyuges, es la relativa a las causas de extinción de la pensión, remitida exclusiva y específicamente para estos últimos a las causas de extinción de la pensión compensatoria por separación o divorcio (art. 174.3 LGSS y 101 CC), entre las que se incluye la convivencia *more uxorio* con otra persona, circunstancia no incluida, con carácter general, entre las causas de extinción de la pensión de viudedad (art. 11 Orden de 13 de febrero de 1967).

La STS de 26-5-2004 (Rc 3103/03) resuelve el supuesto específico de si una convivencia *more uxorio* anterior al fallecimiento del causante de la pensión impide adquirir el derecho a la pensión de viudedad, más bien «pensión asimilada a la de viudedad», del *ex cónyuge* divorciado sobreviviente reconocido en el art. 174.2 LGSS. Todo ello, partiendo del criterio establecido por la jurisprudencia de esta Sala IV del Tribunal Supremo, en concreto, la STS de 21-3-1995, dictada en Sala General, de proporcionalidad en el reparto de la pensión de viudedad para los supuestos de concurrencia con la pensión «asimilada a la de viudedad» (a favor del *ex cónyuge* divorciado o separado), que la Sala ha aplicado también a los casos de *ex cónyuge* divorciado que no concurre con otro beneficiario de la pensión (SSTS de 14-7-1999, 17-1-2000 y 20-3-000, entre otras).

El problema se plantea porque el art. 174.3 LGSS establece como causas de extinción de los derechos reconocidos en el número anterior las previstas en el art. 101 CC, es decir, el cese de la causa que lo motivó (el derecho a pensión), el nuevo matrimonio del acreedor y la convivencia marital con otra persona. Este mandato normativo supone, en primer lugar, trasladar un criterio pensado para pensiones *Inter vivos* a pensiones que por hipótesis son *mortis causa*, pero, sobre todo, suscita la cuestión interpretativa referente a la extrapolación de una consecuencia prevista para una pensión civil ya devengada a una pensión social sobre la que hay una expectativa de derecho. Esta cuestión es la que ha venido a resolver la STC 125/2003, de 19 de junio, declarando inconstitucional la norma 5.<sup>a</sup> de la Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> de la Ley 30/81, que reguló con carácter provisional los derechos a pensión de viudedad a favor de cónyuges, *ex cónyuges*, ascendientes y descendientes en las situaciones familiares creadas a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, y estableció

(norma 5.<sup>a</sup>) que quedarían sin efecto en los supuestos del art. 101 CC, con una redacción prácticamente idéntica a la del actual art. 174.3 LGSS. Por lo tanto y aunque el caso de la adquisición de la pensión «asimilada» de viudedad por el conviviente *more uxorio* que dejó de serlo por fallecimiento de su pareja es distinto al del mantenimiento o conservación de la pensión por parte de quien ya la había adquirido y luego pasa a convivir con otra persona, y aunque el fallo del TC no se refiere al art. 174.3 LGSS, esta Sala entiende que no sólo la norma derogada debe considerarse excluida del ordenamiento jurídico como criterio interpretativo con respecto al derecho del *ex* cónyuge divorciado a la pensión, sino que **esa eliminación debe sostenerse a fortiori para el reconocimiento inicial del derecho dado que el art. 174.2 LGSS sólo señala como causa impeditiva el contraer nuevas nupcias, mientras que la pensión ya adquirida se extingue también por la convivencia *more uxorio***. De manera que si el TC ha considerado que esta causa de extinción es discriminatoria para la pensión ya causada, con mayor motivo ha de entenderse ajena al art. 174.2 LGSS que ni siquiera la menciona como causa del derecho expectante a la pensión de viudedad. En definitiva, la Sala declara la procedencia del reparto proporcional de la pensión entre las dos pensionistas concurrentes al haber cesado la convivencia *more uxorio* antes del fallecimiento del causante, sin perjuicio de que tal solución pueda debilitar el principio de protección jurídica de la familia contenido en el art. 39.1 CE, por el trato más ventajoso que se concede a esa convivencia sobre la matrimonial, o de un hipotético planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad en el supuesto de convivencia *more uxorio* que se prolonga o que se produce después del fallecimiento del causante. Respecto del primer extremo, el propio TC se ha encargado de despejar las posibles dudas desde el momento en que no aprecia causa de discriminación en limitar la pérdida de la pensión de viudedad ya adquirida a los supuestos en que el beneficiario contraiga nuevas nupcias.

### ***7.3. Pensión de viudedad en casos de separación matrimonial decretada por el juzgado civil competente. Se concede en proporción al tiempo de convivencia legal, sin surtir efectos la reanudación de convivencia acordada por los ex cónyuges pero no ratificada como reconciliación por el juzgado***

La doctrina unificada ha venido declarando reiteradamente que la cuantía de la pensión de viudedad ha de ser proporcional al tiempo de

convivencia legal en los casos de separación, divorcio y nulidad matrimonial (SSTS de 6-3-2000, 22-3-200, 27-3-2000, 10-4-200, 3-7-2000 y 26-9-2000). Al plantearse la situación de una convivencia real entre cónyuges legalmente separados que no han pretendido del órgano judicial competente la resolución consecuente con una propia reconciliación matrimonial, la **STS de 15-12-2004 (Rc 359/04)** considera que es asimilable a la mera unión de hecho o convivencia *more uxorio*, la cual, sin perjuicio de las eventuales modificaciones legales que puedan producirse, no tiene virtualidad alguna desde una perspectiva jurídico-matrimonial. En el mismo sentido, esto es, resolviendo sobre el cómputo de la convivencia de hecho posterior a la separación, la **STS de 2-2-2005 (Rc 761/04)** sostiene la necesidad de que se haya producido la comunicación prevista en el art. 84 CC para que la reconciliación entre cónyuges separados surta efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad no sólo porque en otro caso **carece de eficacia frente a terceros —la entidad gestora de la Seguridad Social—, sino también porque la resolución que dictase el juzgado estaría sujeta a las mismas normas de publicidad que la sentencia acordando la separación** (art. 76 de la Ley del Registro Civil). Doctrina que ha sido reiterada por la **STS de 23-2-2005 (Rc 6086/03)**.

#### ***7.4. Pensión de viudedad solicitada por quien contrajo matrimonio según el rito de la Iglesia Evangélica en el año 1989 y no lo inscribió en el Registro Civil***

El Tribunal Constitucional en su sentencia 199/04 de 15 de noviembre consideró cónyuge supérstite a quien había contraído matrimonio canónico no inscrito en el Registro Civil, por no atribuir efectos constitutivos a dicha inscripción, reconociendo por tanto la existencia del vínculo a efectos del derecho al percibo de la pensión de viudedad.

La cuestión que se plantea ante esta Sala en la **STS de 15-12-2004 (Rc 6074/03)** es si tiene también tal condición la viuda que había contraído matrimonio el 10-6-89 ante la Iglesia Evangélica, es decir, antes de la entrada en vigor de la Ley 24/92 en la que se reconoció el acuerdo de cooperación del Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. La primera conclusión a que llega la Sala, remitiéndose a la citada STC, es que si el matrimonio celebrado y no inscrito produce efectos civiles desde su celebración (art. 61.1 del CC),

debe entenderse cumplida la cualidad de «cónyuge superviviente» exigida por el art. 174.1 LGSS para causar derecho a la pensión de viudedad. Por otra parte y en cuanto a los efectos civiles del matrimonio, la sentencia considera que la Ley 24/92 no tuvo efectos constitutivos sino meramente declarativos de una normativa legal anterior, teniendo en cuenta que la Ley 30/81, por la que se modificó el Título IV del Libro I del Código Civil, ya confirió validez a los matrimonios celebrados «en la forma religiosa legalmente prevista», lo mismo que al consentimiento matrimonial prestado «en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, acordados por la legislación de éste» (art. 59 CC), a los que el art. 60 atribuía efectos civiles aunque se remitiese para su pleno reconocimiento a las disposiciones relativas a la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. En consecuencia, **el matrimonio celebrado en cualquiera de las formas religiosas aceptadas por la legislación civil es válido desde el año 1981 siempre que los contrayentes se hubieran ajustado a las formas religiosas aceptadas por esa legislación.**

### *7.5. Pensión de orfandad. No reconocimiento en los supuestos de acogimiento familiar permanente*

La STS de 3-11-2004 (Rc 2345/03) se pronuncia sobre el supuesto de si el acogimiento permanente no preadoptivo puede generar pensiones de orfandad. En el caso planteado se trata de un matrimonio que acoge permanentemente al nieto de uno de los cónyuges, debatiéndose si el fallecimiento del otro cónyuge causa en favor de la menor acogida una pensión de orfandad.

En su razonamiento la Sala comienza constatando las diferencias legales existentes entre la filiación por adopción y el acogimiento, teniendo en cuenta que la adopción «es un acto de autoridad, que se origina mediante una resolución judicial (art. 176.1. CC) que constituye la relación de filiación adoptiva entre adoptante y adoptado», que está prohibida en relación con los descendientes (art. 175.3 CC), que «produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familiar anterior», incluida la patria potestad de los padres por naturaleza (art. 169.3.º CC), y que con ella «desaparece el derecho de alimentos entre parientes por naturaleza, y no se reconocen derechos sucesorios en la sucesión forzosa, ni en la intestada de la familia por naturaleza». Asi-

mismo, que el acogimiento permanente, si bien genera algunos de los derechos y obligaciones propios de la patria potestad y de la participación familiar que implica (cuidado, compañía, alimentos, educación, formación integral), «por su naturaleza legal no es permanente, no rompe los vínculos del acogido con la familia por naturaleza y puede terminar (art. 173.3.1.º y 2.º) por “decisión de las personas que lo tienen acogido” y “a petición de los padres que tengan la patria potestad”».

A partir de estas diferencias y de la literalidad del art. 175 LGSS, que reconoce la pensión de orfandad a «cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación», en relación con el concepto legal de filiación, por naturaleza o por adopción (art. 108 CC), y teniendo en cuenta que **cuando el legislador social ha querido tutelar la figura del acogimiento de manera análoga a la adopción, lo ha hecho expresamente** (excedencia para cuidado de hijos o menores acogidos o suspensión por adopción o acogimiento, arts. 46.3 y 45.1.d. ET), la Sala concluye desestimando la pretensión de extender el derecho a la pensión de orfandad a los menores acogidos. Lo cual, por otra parte, no vulnera el principio de igualdad, dada la diferencia de las situaciones comparadas (adopción y acogimiento) y su tratamiento legal general; ni tampoco el principio de protección de la familia y la infancia, pues el art. 39 CE sólo cabe aplicarlo en los términos reconocidos legalmente (art. 53 CE) y en todo caso no permite ampliar por la vía judicial una prestación contributiva configurada por el legislador.

## 8. Pensiones no contributivas

### *8.1. Pensión de jubilación no contributiva. No constituye unidad económica de convivencia el hecho de que la solicitante y dos hermanos suyos convivan en una residencia de ancianos*

Para resolver la cuestión de si la convivencia entre parientes en una residencia, sea pública o privada, en vez de en un domicilio particular o familiar, quiebra o no la unidad económica de convivencia a que se refiere el art. 144.4 LGSS, la **STS de 9-2-2005 (Rc 6540/03)** establece la premisa de que no cabe una interpretación amplia de ese concepto atendiendo a la Exposición de Motivos de la Ley 26/90 en la que se configuran las pensiones no contributivas como una expresión de la solidaridad general con las personas de menores recursos, de modo que el beneficia-

rio de la pensión es el ciudadano a título individual y personal, no la unidad económica de convivencia, integrable por diversos tipos de parientes. Seguidamente y partiendo de esa interpretación restrictiva, considera exigibles los siguientes requisitos: 1.º) que se trate de una convivencia de carácter familiar; 2.º) que esa convivencia se produzca en el espacio físico propio de la vida en familia, es decir, en una determinada vivienda u hogar, término este último al que se refieren tanto la Exposición de Motivos de la Ley 26/90 como el Convenio 157 de la OIT; y 3.º) que haya una interdependencia o comunicación económica entre los miembros de la unidad familiar. Por consiguiente, en el caso de la convivencia en una residencia de ancianos **no existe integración en ningún hogar familiar**, pues los residentes viven con las personas que gestionan la residencia en la que se «insertan» y no con otros residentes. **Y tampoco se da el requisito de la dependencia económica**, ya que la regla general en este tipo de instituciones es que cada uno de los ancianos haga una aportación a la entidad sin trasvase directo de ingresos entre los residentes.

**8.2. Grado de minusvalía. Solo cabe modificarlo cuando se produzca una agravación o mejoría de las lesiones o transcurra el plazo establecido para ello, aunque entre tanto haya cambiado la normativa sobre valoración de minusvalías**

La Orden de 8-3-84 establecía un sistema de baremación para las minusvalías que, en función del grado reconocido, permitía acceder a la pensión no contributiva de invalidez. Posteriormente, el RD 1979/99, de 23 de diciembre, configuró un nuevo sistema de baremos señalando su art. 11 que la revisión del grado de minusvalía sólo se llevaría a efecto cuando se previese una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, debiendo fijarse el plazo en que debe efectuarse dicha revisión. Por otra parte, la Disposición Transitoria Única del RD citado estableció que no precisarían de un nuevo reconocimiento quienes hubieran sido declarados minusválidos en un grado igual o superior al 33% con arreglo al procedimiento regulado en el RD 1723/84, de 24 de julio y disposiciones de desarrollo, sin perjuicio de las posibles revisiones que, de oficio o a instancia de parte, fuese procedente realizar con posterioridad.

Con el juego de esta normativa se somete a debate de la Sala la situación del beneficiario de una pensión no contributiva, reconocida según

el grado de minusvalía derivado de aplicar los baremos de la Orden de 8-3-84, al que se le suprime el derecho como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva baremación. La **STS de 6-4-2004 (Rc 2597/03)**, cuya doctrina reiteran las **SSTS de 28-12-2004 (Rc 3200/03)** y **17-1-2005 (Rc 6540/03)**, teniendo en cuenta que las lesiones iniciales no han variado, considera que es improcedente alterar el grado de minusvalía y la consiguiente percepción de la pensión no contributiva, porque **esa variación sólo puede acordarse en los casos de mejoría o agravación del cuadro incapacitante, o error de diagnóstico**. El simple cambio de normativa no autoriza para modificar situaciones jurídicas ya reconocidas sin razones que lo justifiquen, esto es, hasta tanto no se altere la minusvalía reconocida.

### ***8.3. Ejecución de sentencia. Reintegro de pensiones indebidamente percibidas. Límite para la retención***

La Sala IV se ha pronunciado reiteradamente sobre el alcance de la inembargabilidad de las pensiones de Seguridad Social para el reintegro de prestaciones indebidas (SSTS, entre otras, de 24-4-1997, 14-10-1998, 15-10-1998 y 26-10-1998), admitiendo la procedencia de los descuentos compensatorios efectuados por la entidad gestora pero destacando también las diferencias previstas legalmente entre éstos y el embargo [el art. 40.1 b) LGSS permite la retención de las prestaciones de la Seguridad Social «cuando se trate de obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social» y añade que «en materia de embargo se estará a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil»]. Partiendo de esa doctrina unificada, que hacía hincapié en las diferencias existentes entre rentas de trabajo y prestaciones de Seguridad Social en atención a las distintas funciones institucionales y a los títulos de adquisición con las consiguientes diferencias de cuantía, la **STS de 3-2-2005 (Rc 314/02)**, dictada en un supuesto de ejecución de sentencia derivada de la incompatibilidad entre una pensión de jubilación y otra de incapacidad permanente total en la que se había condenado al beneficiario al reintegro de unas determinadas cantidades en función de por cuál de ellas optase, establece la doctrina de que es procedente detraer una parte de la pensión de jubilación percibida pero con *el límite del mínimo de la pensión del sistema de la Seguridad Social*. Para llegar a tal conclusión la Sala razona que la cifra del salario mínimo interprofesional no puede ser el referente de tope o límite mínimo de las pensiones precisamente porque

la mayoría de éstas son de cuantía inferior; y el propio art. 607 LEC distingue claramente entre el embargo ejecutivo y la previa retención fiscal o de la Seguridad Social, dejando libre el importe del salario mínimo interprofesional sin referencia expresa al supuesto de que se afecte tal importe, «porque entonces el resto sería inembargable» (STS de 17-1-2002, Rc 1534/01).

## 9. Personal al servicio de la Seguridad Social

### *9.1. Personal estatutario. Reconocimiento de servicios previos en situación de interinidad. Sus efectos no pueden retrotraerse a una fecha anterior a aquella en la que se obtuvo la plaza en propiedad*

EL SERVICIO DE SALUD DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS ha interpuesto numerosos recursos de casación para la unificación de doctrina planteando la cuestión relativa a si los efectos económicos del reconocimiento de los servicios previos para el pago de trienios al personal de los Servicios de Salud que obtuvo plaza en propiedad comienzan a devengarse desde el momento de la toma de posesión de esta plaza o si por el contrario pueden extenderse en el tiempo, más allá de ese momento, hasta un año antes de la fecha de la solicitud, con el único límite de la fecha de totalización del trienio.

Las SSTS, entre otras, **26-1-2005, 31-1-2005, 2-2-2005, 21-4-2005, 18-5-2005 y 19-5-2005 (Rcs 1097/04, 1311/04, 1425/04, 2851/04, 1302/04 y 1228/04)** ha resuelto la controversia interpretando el art. 1.1 de la Ley 70/78, de 26 de diciembre, de Reconocimiento de Servicios Previos a la Administración Pública y la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> del RD 1181/98, de 29 de septiembre, en el sentido de que si bien la Ley 70/78 permitió computar a efectos de trienios los servicios prestados como funcionario o personal estatutario de carrera y los cumplidos en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino), o en régimen de contratación administrativa o laboral, **no habilitó para el reconocimiento de los trienios antes del nombramiento en propiedad.** Y aunque la Disposición Adicional 3.<sup>a</sup> del RD 1181/98 retrotrae los efectos económicos de los nuevos trienios al periodo anterior en un año a la fecha de presentación de la solicitud, lo que de ningún modo establece es una retroactividad para los trienios devengados sin nombramiento en propiedad, estando prevista únicamente para las diferencias retributivas

producidas como consecuencia del nuevo tiempo de servicio computable a favor de quien, teniendo ya un nombramiento en propiedad, hubiera devengado la retribución correspondiente a los nuevos trienios en el ese período de un año.

### ***9.2. Tiempo de trabajo. Derecho al descanso de los médicos en situación de guardia localizada cuando ha habido una efectiva prestación de servicios***

Esta Sala ha unificado ya la doctrina de que los médicos de la Seguridad Social están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/104 CEE (modificada por la Directiva 2000/34), relativa a la ordenación de tiempo de trabajo, y calificación y régimen normativo de las guardias localizadas en las que se prestan servicios. En concreto, las SSTs de 4-10-2001, 1-4-2002 y posteriores, siguiendo la STJCE de 3 de octubre de 2000 (asunto SIMAP), declararon que esa norma impone una jornada máxima legal para los médicos y personal facultativo de la Seguridad Social española, habiendo llegado a la misma conclusión la STS de 18-2-2003 sobre aplicación del tope máximo a los médicos residentes y la de 12-7-2004 calificando como horas extraordinarias todas aquellas que excedan de la jornada anual de trabajo del sector. Por lo que se refiere al derecho de los médicos a descansar o librar tras las llamadas guardias localizadas cuando no sólo han estado en régimen de disponibilidad sino que ha habido una efectiva prestación de servicios, la **STS de 27-1-2005 (Rc 5539/03)** ha resuelto que **el art. 3 de la Directiva**, el cual prevé la adopción por parte de los Estados miembros de las medidas necesarias para el disfrute de un periodo mínimo de once horas consecutivas en el curso de cada periodo de veinticuatro horas, **es aplicable también a los médicos que, encontrándose en disposición de prestar servicios, son llamados efectivamente al trabajo**. Y ello, sin perjuicio de las excepciones o descansos alternativos regulados en el art. 17.2.1 i) de la Directiva y contenidos asimismo en la Ley 55/03.

### ***9.3. Vacaciones. No tienen derecho a ser retribuidos por tal concepto los médicos eventuales contratados para atención continuada***

La prestación de servicios de los facultativos contratados para la atención continuada tiene unas especiales características y son comple-

tamente diferentes de las de los médicos de plantilla de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (STS de 7-10-2002), como se deduce del art. 54 de la Ley 66/97, al prever que los facultativos designados al efecto no ocupan plaza de plantilla, o del art. 8 de la Ley 30/99 en cuanto señala que el vínculo constituido se regirá por el propio nombramiento. En este sentido la **STS de 22-3-2005 (Rc 1999/04)**, cuya doctrina reitera la **STS de 20-4-2005 (Rc 2263/04)**, deniega el derecho de los **facultativos eventuales contratados para la realización de guardias médicas a percibir una retribución independiente por el periodo de vacaciones**, en atención a que en ninguna de las normas específicas reguladoras de esa relación se recoge el derecho al percibo de una remuneración aparte de la correspondiente a la jornada semanal que incluye la parte proporcional de todos los conceptos, entre ellos el de vacaciones. Y teniendo en cuenta además que los arts. 39.2, 44 y 45 ET no son aplicables a este personal.

#### ***9.4. Funcionario interino transferido al SERVICIO GALLEGO DE SALUD. Pierde el derecho a mantener las superiores condiciones retributivas***

Sobre la cuestión relativa a si el personal estatutario interino en plaza vacante del SERVICIO GALLEGO DE SALUD (SERGAS) tiene derecho a mantener las superiores condiciones retributivas que le correspondían como funcionario interino y que fueron minoradas al acceder a tal situación como consecuencia del Decreto 447/96, de 26 de diciembre, de transferencias a la Junta de Galicia, se ha pronunciado la Sala en su **STS de 18-2-2005 (Rc 1965/04)**, unificando doctrina que ha reiterado la **STS de 14-4-2005 (Rc 1961/04)**. A juicio de la Sala, tanto el art. 4 del Decreto citado como su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> contienen un mandato normativo expreso que ordena la amortización de la plaza en su anterior configuración jurídica, con carácter previo a su transformación, convirtiéndola en estatutaria; de modo que **las menores remuneraciones son consecuencia, no de una modificación en el sistema retributivo sino de un cambio en el régimen jurídico aplicable a la nueva relación al que ha de someterse el interesado**, al igual que el resto del personal estatutario del SERGAS, de conformidad con lo prevenido en el art. 8 del Decreto 447/96. Además, el complemento personal transitorio y absorbible establecido en dicho precepto está previsto únicamente para quienes siendo personal funcionario de carrera o con vínculo laboral fijo

hubiesen optado por la homologación, lo que deja sin contenido cualquier posible alegación de trato desigual con respecto al personal interino.

### ***9.5. Trienios de médico de cupo y zona que se integra en equipo de atención primaria***

La Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup>2 del RD Ley 3/87 [el tenor literal es el siguiente: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2.2 b) el importe de los trienios reconocidos al personal que a la entrada en vigor de este Real Decreto Ley tenía la condición de estatuario, se mantendrá en las cuantías vigentes con anterioridad. Igualmente el primer trienio que totalice el citado personal a la entrada en vigor de este Real Decreto, lo será en las citadas cuantía»] ha planteado el problema relativo a cómo ha de interpretarse la expresión contenida en el último párrafo respecto de un médico de cupo y zona que se integró en un equipo de atención primaria el 1-5-90. Concretamente, la cuestión a decidir era si la expresión a la «entrada en vigor» es el dato temporal de referencia para la aplicación del nuevo sistema o, por el contrario, esa frase se refiere al «primer trienio que se cumpla» una vez que el interesado ha pasado a formar parte de los equipos de atención primaria y a regirse por la normativa del RD Ley 3/87. La **STS de 2-2-2005 (Rc 477/04)** se atiene a la interpretación literal del precepto por ser la más acorde con la realidad social que trata de regular, esto es, **una vez integrado el facultativo en un equipo de atención primaria es retribuido por las normas que regulan esta modalidad de prestación de servicios y el primer trienio que se complete no tiene porqué ser satisfecho conforme al sistema vigente para los médicos de cupo y zona.** Criterio que avala también la Disposición Transitoria Única del RD 1181/89.

### ***9.6. SERVICIO ANDALUZ DE SALUD. Cómputo de los días de libre disposición a los efectos de la jornada máxima anual***

Esta Sala dictó sentencia el 18-11-2002 (Rc 56/02) en un proceso de conflicto colectivo declarando que era discriminatoria la práctica del SERVICIO ANDALUZ DE SALUD (SAS) de no incluir, a diferencia del diurno, los seis días de libre disposición en el cómputo de la jornada efectiva de trabajo para los turnos rotatorio y nocturno, con la consecuencia de que no se les computaba el tiempo de permiso como de tra-

bajo efectivo. Como antecedentes de esa sentencia pueden destacarse los siguientes: por Acuerdo de 27 de diciembre de 1999 el Consejo de Gobierno de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía ratificó el Pacto de 28 de octubre de aquel año adoptado en la Mesa Sectorial correspondiente con las Organizaciones Sindicales CENSATSE, CC.OO., UGT y CSI-CSIF sobre adecuación de retribuciones y jornadas del personal dependientes del SAS para el periodo de 2000-2002. Básicamente se pactó reducir la jornada para adaptarla a la de 35 horas y que se implantaría de manera progresiva. Para el turno diurno se señaló la jornada de 1.582 horas, para los turnos rotatorios y nocturnos, 1.483 y 1.450. Nada se especificó en aquellos acuerdos respecto al cómputo de los seis días de permiso por asuntos propios. Por acuerdo del SAS se estableció que a los trabajadores del turno diurno, primeros a los que se aplicó la reducción de jornada, se les incluiría el tiempo correspondiente a los seis días de permiso por asuntos propios, como tiempo efectivamente trabajado.

Ese pronunciamiento ha dado lugar a numerosas reclamaciones formuladas por personal al servicio del SAS interesando el abono mediante el complemento de atención continuada, modalidad C), del exceso de jornada realizada durante los años 2001 y 2002, en relación con las cuales la **STS de 18-4-2005 (Rc 3933/05)** sostiene que **si la jurisprudencia no tiene eficacia constitutiva** (SSTS de 29-4-2002 y 30-4-2002, dictadas en Sala General, y las posteriores de 3-5-2002, 8-5-2002, 14-5-2002, 10-6-2002, 12-6-2002, 24-6-2002, 25-6-2002, 23-9-2002 y 7-4-2003), el derecho reclamado no nace de la sentencia de conflicto colectivo, precisamente por su carácter declarativo, sino del Acuerdo de 27-12-99 y subsiguiente comunicación del Director General de Personal y Servicios de 15-5-00 en cuanto dispone que «en el cómputo de la jornada laboral anual máxima están incluidos los seis días de libre disposición que el personal puede solicitar». Por lo tanto, es irrelevante además que esos días fueran o no solicitados en tiempo y forma y disfrutados.

### **9.7. Jubilación (complemento de pensión)**

La Disposición Derogatoria Única de la Ley 55/03, que aprobó el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, mantuvo la vigencia del art. 151 del Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (Orden de

26-4-73) que preveía como mejora estatutaria un complemento de la pensión de jubilación para los jubilados voluntarios y los forzosos por edad reglamentaria sujeto al requisito, entre otros (jubilación forzosa por edad reglamentaria o solicitud de jubilación voluntaria una vez cumplidos los 60 años de edad, y acreditar 25 años de cotización), de **una prestación efectiva de servicios a la Seguridad Social durante el periodo de veinticinco años**. En relación con **una ATS que había prestado servicios para la «Obra 18 de julio» entre los años 1966 y 1974**, estuvo posteriormente en excedencia voluntaria y reingresó al servicio activo en un centro sanitario dependiente del SERVICIO ANDALUZ DE SALUD como personal estatutario, la **STS de 1-3-2005 (Rc 395/04)** considera que la demandante del complemento de pensión —jubilada en el año 2001— **no acredita el cumplimiento del mencionado requisito**, después de analizar la normativa compuesta por el Decreto de integración del personal procedente de la «Obra 18 de julio» en el INP, de 24-7-75, y la Orden de 26-6-76, dictada en desarrollo de éste, para regular la adscripción del colectivo de pensionistas de dicha Obra al sistema general de asistencia sanitaria del INP, ordenando al mismo tiempo las distintas opciones y situaciones del personal procedente de la mencionada Obra.

### **9.8. Cuotas colegiales**

Por lo que se refiere a la dos cuestiones que reiteradamente se han venido planteando ante esta Sala IV consistentes en determinar, por una parte, si la entidad gestora de la asistencia sanitaria es responsable o no del reintegro de las cuotas de colegiación del personal sanitario a su servicio y, por otra, en caso afirmativo, a qué entidad gestora (INSALUD o entidad autonómica) ha de asignarse tal deber de reembolso en los años precedentes a dicho traspaso, no hay pronunciamientos nuevos. Las **SSTS, entre otras muchas, de 31-1-2005 (Rc 5288/03), 25-2-2005 (Rc 6574/03) y 24-5-2005 (Rc 6230/03) reiteran la doctrina**, en relación con las transferencias al INSTITUTO MADRILEÑO DE SALUD (IMSALUD), de que corresponde al INSALUD el reintegro de las cuotas colegiales ingresadas con anterioridad al 1-1-02 por cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 12/83, del proceso autonómico, en el mismo sentido que la regla contenida en el apartado F) 3 del Anexo del RD 1479/01 que asigna a la Administración General del Estado la responsabilidad «del cierre del sistema de financiación

de la asistencia sanitaria para el periodo 1998-2001, entendiéndose por «cierre del sistema» la «liquidación de las obligaciones exigibles hasta 31 de diciembre de 2001 y pendientes de imputar a presupuesto, de los derechos exigibles a dicha fecha y de los recursos derivados de la liquidación de dicho modelo».

También se ha reiterado la doctrina en relación con el SERVICIO EXTREMEÑO DE SALUD (SSTS, entre otras, de 31-1-2005, Rc 5402/03, 25-2-2005, Rc 6574/03, y 20-5-2005, Rc 6212/03), y en cuanto al SERVICIO CÁNTABRO DE SALUD, igualmente la Sala viene manteniendo la doctrina establecida en la STS de 28-4-2004 (Rc 2655/03) de que no procede imponer el pago de las cuotas colegiales a ese organismo cuando no existe una norma autonómica que así lo establezca específicamente ni se abonan a ningún funcionario dependiente de esa Comunidad (SSTS de 19-1-2005, 1-2-2005, 2-2-2005 y 20-5-2005, recursos 5852/03, 1058/04, 4451/03 y 6197/03).

## 10. Régimen Especial Agrario

### *10.1. Reconocimiento de prestaciones de viudedad y orfandad cuando el causante no se encontraba al corriente en el pago de cuotas a la fecha del hecho causante, con un descubierto superior a los seis meses, pero éstas fueron abonadas con posterioridad. Desigualdad de trato en relación con el RETA*

Hasta la inclusión en la LGSS de la Disposición Adicional 39.<sup>a</sup>, por obra de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, el acceso a las prestaciones causadas en el Régimen Especial Agrario estaba condicionado por el hecho de encontrarse al corriente en el pago de las cotizaciones, aun cuando, en el caso de las derivadas de muerte y supervivencia, si la laguna no superaba seis mensualidades (doce en el caso del subsidio o auxilio por defunción), era posible su abono ulterior por parte de los beneficiarios o causahabientes, con efectos prestacionales, sin que, por el contrario, pudieran salvarse a este respecto las lagunas de cotización que excedieran de tales límites, incluso en el caso de que estuviera cubierto el período de carencia exigido (art. 12, 22 y 29.4 Decreto 2123/1971, de 23 de julio, y 46.2 y 53 Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre), no existiendo a tal efecto la posibilidad y la previsión sobre requerimiento al pago por parte de la Entidad gestora o colaboradora, como en el Régi-

men Especial de trabajadores autónomos (art. 28.2 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto).

La Sala IV del Tribunal Supremo, en reiterada y conocida doctrina (por todas, las SSTS de 22-5-1992, Rc 1495/91, y 20-5-2002, Rc 2295/01), no exenta de discrepancias internas en su origen, había reconocido la plena validez y efectividad de estas reglas hasta que la **STS 31-5-2004 (Rc 2343/04)**, dictada en Sala General, ha rectificado ese criterio.

Aparte de la referencia a la repetida Disposición Adicional 39.<sup>a</sup> de la LGSS, en la que se extiende la «aplicación del mecanismo de invitación al pago» de las cotizaciones en descubierto, previsto en el RETA, a todos los «trabajadores que sean responsables del ingreso de las cotizaciones» que no estén al corriente, a efectos de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, y que resulta inaplicable al caso debatido por razones temporales pero que sirve a la Sala como «refuerzo interpretativo», ésta analiza la regla litigiosa a la luz del principio de igualdad ante la ley, comparando al efecto a los trabajadores del REA con los del RETA por su coincidente condición de sujetos obligados y responsables de la cotización.

Como presupuesto inicial, la Sala reconoce su competencia para cuestionarse la constitucionalidad de la regla debatida, toda vez que aunque tenga rango legal por estar incorporada a un Texto Refundido de leyes, ha devenido ineficaz en virtud de la cláusula de inconstitucionalidad sobrevenida establecida en la disposición derogatoria 3 CE.

Desde esta perspectiva, la STS de 31-5-2004 estima que la diferencia de trato, a los efectos debatidos, entre el REA y el RETA supone un **tratamiento desigual ante la ley** no amparado en la libertad reconocida constitucionalmente al legislador para la configuración del derecho a la Seguridad Social (art. 41 CE), carente de justificación objetiva y razonable, toda vez que en ambos casos se trata de trabajadores responsables del pago de sus cotizaciones (diferencia no objetiva), y **la restrictiva regla prevista para los agrarios es contraria al principio contributivo y a las normas más elementales en materia de obligaciones y contratos sinalagmáticos** (diferencia no razonable), al permitir «que un incumplimiento, relativamente exiguo en relación con la cotización total de una vida laboral, prive al asegurado de prestaciones vitales y sustanciales en el conjunto de la homogeneidad de la prestación».

La doctrina citada ha sido reiterada por las SSTS de **1-1-2005 (Rc 5898/03)** y **26-4-2005 (Rc 2053/04)**.

## 11. Régimen Especial de la Minería del Carbón

### *11.1. Pensionista de incapacidad permanente total por silicosis que después obtuvo la jubilación por ese Régimen. No procede la revisión por agravación para el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta*

El art. 22 de la Orden de 3-4-73, de actualización del Régimen Especial de Seguridad Social para la Minería del Carbón, prevé que los trabajadores declarados afectos de una incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional transformen esa pensión en otra de jubilación. El problema jurídico que se somete a debate en la **STS de 3-2-2005 (Rc 258/04)** es si el trabajador, después de jubilado, puede obtener la revisión por agravación para alcanzar la incapacidad permanente absoluta. La Sala, en su sentencia de 2 de febrero de 1987, ya había negado tal posibilidad con el razonamiento de que el art. 20 de la OM de 3-4-73 lo que autoriza es la revisión de la invalidez por agravación después de cumplir la edad de jubilación, pero no puede verse amparado por esa situación excepcional el beneficiario que ya era pensionista de jubilación dado que en el sistema de Seguridad Social la pensión de invalidez se extingue por causarse derecho a la de jubilación si el beneficiario opta por esta última de acuerdo con lo dispuesto en el art. 22 de la citada Orden de 3-4-73. Partiendo del art. 138.1 LGSS, en la redacción dada por la Ley 35/02, la sentencia de 3-2-2005 reitera íntegramente la doctrina anterior pese a la posibilidad genérica de revisión de todas las incapacidades permanentes, sin límite de plazo para los pensionistas por enfermedades profesionales, prevista en el art. 103 de la Orden de 9-5-62, porque de la literalidad de dicho precepto **no se deduce una autorización del jubilado para pedir la revisión de su pensión de incapacidad al haber perdido precisamente su condición de pensionista por enfermedad profesional.**

En el mismo sentido y reiterando doctrina se ha pronunciado la **STS de 15-3-2005 (Rc 1305/04)**.

## 12. Régimen Especial de Trabajadores Autónomos

### *12.1. Doctrina del paréntesis. Inaplicación al trabajador autónomo durante los periodos en que no existió obligación de cotizar*

La STS del Pleno de esta Sala de 7-10-2000 (Rc 109/99), dictada en relación con un supuesto de incapacidad permanente derivada de invali-

dez provisional de un trabajador del Régimen General de la Seguridad Social, declaró que había de excluirse del periodo de cómputo de la base reguladora el tiempo correspondiente a la invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar. Esta doctrina se extendió después a casos de paro o desempleo involuntario sin cotización a cargo del INEM, pero tal extensión doctrinal fue rectificada posteriormente por la STS de 1-10-2002 (Rc 3666/01), dictada asimismo en Sala General, en el sentido de volver al criterio anterior, sin perjuicio de mantener la doctrina del paréntesis para la invalidez provisional y las prórrogas del art. 131 bis. 2 LGSS.

Por lo que se refiere a los trabajadores autónomos, beneficiarios de la prestación de incapacidad permanente en su modalidad contributiva a tenor de la Disposición Adicional 8.<sup>a</sup> 1 LGSS, la **STS de 11-10-2004 (Rc 5086/03)** entiende que no es aplicable la doctrina del paréntesis porque esa Disposición hace referencia exclusivamente a los apartados 1, 2 y 3 del art. 140 LGSS, por lo que *sensu contrario* ha de considerarse excluido el número 4 y en consecuencia **la base reguladora de la prestación será el resultado de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores al hecho causante, sin excluir periodos de cómputo.**

### ***12.2. La acción protectora del RETA no se extiende a la incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad común***

La posibilidad de que un trabajador afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos sea declarado en situación de incapacidad permanente parcial derivada de enfermedad común ha sido resuelta por la **STS de 13-2-2005 (Rc 1137/04)** en el sentido de declarar la improcedencia de dicho reconocimiento. Los arts. 27.1 a) y 36.1 del Decreto 2530/70, reiterados en sus mismos términos por los arts. 56.1 a) y 74.1 de la Orden de 24-9-70, **excluyen esa contingencia del ámbito de la acción protectora del RETA**, y no se ven afectados ni por la Disposición Adicional 34.<sup>a</sup> LGSS ni por los arts. 4 y concordantes del RD 1273/03 no sólo por ser posteriores a la fecha del hecho causante, sino sobre todo por estar referidos a la acción protectora de contingencias profesionales y regular una mejora voluntaria en esa acción protectora del RETA. Aparte de que el apartado primero del art. 137 LGSS no está incluido en la Disposición Adicional 8.<sup>a</sup> 1 en la que se enumera los preceptos que serán de aplicación a todos los regímenes que integran el sistema de Seguridad Social.

### III. PROCESO SOCIAL

#### 1. Competencia jurisdiccional

##### *1.1. Tutela de la libertad sindical del personal al servicio de la Administración y del personal estatutario*

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**. En la **STS de 16-7-2004 (Rc 58/2003)** se declara la incompetencia del orden social para conocer de una pretensión formulada por CEMSATSE que, aunque articulada como demanda de tutela de su libertad sindical, pretende en realidad anular un acuerdo negociado conforme a lo dispuesto en la Ley 9/1987. Materia que la Sala entiende que no es competencia del orden social, ni de serlo, susceptible de ser instrumentada por el cauce utilizado, correspondiendo en cambio acudir a la modalidad procesal contemplada en los art. 161 a 164 LPL, por imperativo del art. 182 LPL.

Esta solución fue ya establecida en la sentencia de la propia Sala Cuarta de 29 de abril de 1996, que señalaba que *«ello es así porque la atribución de competencia que contiene el art. 45 de la Ley General de la Seguridad Social de 30 mayo 1974 se refiere a las cuestiones contenciosas que puedan surgir entre las Entidades Gestoras y el personal a su servicio en la aplicación e interpretación de las normas reguladoras de la relación estatutaria, pero no se extiende a la impugnación directa de estas normas, que tanto cuando se establecen directamente a través de la potestad reglamentaria, como cuando lo son a través de los instrumentos de negociación regulados en la Ley 9/1987, han de ser impugnadas ante el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción»*.

Este criterio ha sido ratificado por la sentencia de 23 de enero de 1998 del Pleno de la Sala y, más recientemente, por la sentencia de 28 de enero 2004, que ha precisado que corresponden al orden contencioso-administrativo y no al social las controversias, que, aunque puedan afectar a derechos relacionados con la libertad sindical, se refieren a eventuales lesiones de esa libertad que se concretan en actos que se producen en el marco del procedimiento de negociación colectiva de la función pública.

La falta de jurisdicción ha de extenderse también a la eventual reclamación de una indemnización, porque esta reclamación es mera consecuencia del establecimiento de una lesión a la libertad sindical por el acuerdo impugnado y lo accesorio debe seguir a lo principal.

También en relación con el personal estatutario, pero esta vez en relación con la competencia para conocer de una reclamación de indemnización de daños derivada de la no prestación de servicios en la jornada superior que corresponde realizar al personal, la **STS de 8-7-2004 (Rc 984/03)** declara que corresponde al orden social, por cuanto la reclamación se formula frente a la Administración Pública en su condición de empresario.

### *1.2. Cooperativas de trabajo asociado*

Al hilo del despido por causas económicas de una trabajadora que venía prestando servicios como socia trabajadora de la cooperativa demandada, la **STS de 11-10-2004 (Rc 486/04)** aborda si dicha cuestión debe someterse al arbitraje al venir así establecido en el art. 31.21 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana o, el proceso por despido, del que conocen los Tribunales Laborales, es la vía adecuada para resolver la cuestión. La sentencia comienza recordando que el arbitraje es un medio de evitación del proceso judicial al que puede acudir cuando las partes afectadas estén conformes con tal vía como forma de solución del conflicto y tras analizar el alcance de la figura del arbitraje, la Sala entra a dilucidar si el proceso por despido es el que debe regir la impugnación del despido. Para ello primero se remite a la normativa estatal, concretamente a la Ley 27/1999, de 16 de julio, General de Cooperativas, en cuyo art. 87, sobre cuestiones contenciosas dispone que éstas «se resolverán aplicando, con carácter preferente, esta Ley, los Estatutos y el Reglamento de régimen interno de las cooperativas, los acuerdos válidamente adoptados por los órganos sociales de la cooperativa y los principios cooperativos, siendo sometidas ante el orden jurisdiccional social».

En el ámbito autonómico, la Comunidad Valenciana tiene atribuida la competencia en materia de cooperativas y en su Decreto Legislativo 1/1998, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de cooperativas para la citada Comunidad, se dice que el Consejo Valenciano de Cooperativismo ejercerá el arbitraje de derecho en la resolución de conflictos entre la cooperativa y sus socios, siendo preciso que las partes se hayan

obligado previamente mediante convenio arbitral, en virtud de cláusula inserta en los estatutos sociales de las cooperativas o fuera de éstos. La Sala afirma la competencia del orden social con base en que en el caso que resuelve no consta cláusula alguna en tal sentido, ni en los estatutos o bien establecida fuera de ellos, en virtud de la cual las partes contendientes hubieran acordado someterse a arbitraje para dirimir aquellos conflictos a los que dichas resoluciones se refieren. Siendo ello así, concluye que habrá de aplicarse al caso la norma general en la materia, esto es, la que resulta del art. 24.1 del Texto constitucional, en relación con el art. 2.º de la LPL.

### ***1.3. Jura de cuentas***

Con ocasión de un Auto dictado por el Juzgado de lo Social n.º 23 de Barcelona que rechazó un escrito de jura de cuentas por estimarse incompetente por razón de la materia, la **STS de 27-10-2004 (Rc 3209/03)**, adoptada en Sala General, aborda la procedencia del recurso de suplicación contra una decisión de tal naturaleza. Para ello parte del error sufrido por la resolución recurrida en la que se veda el acceso al recurso con sustento en el art. 189.2 LPL, obviando que realmente el problema debatido fue el relativo a la determinación de la competencia jurisdiccional para conocer del proceso llamado «jura o manifestación de cuentas», lo que determina la posibilidad de acceder al grado jurisdiccional de la suplicación, siendo concluyente al efecto la previsión contenida en el art. 189.4 LPL cuando dispone que también «*son recurribles en suplicación... 4. Los autos que resuelvan el recurso de reposición interpuesto contra la resolución en que el Juez, acto seguido de la presentación de la demanda, se declare incompetente por razón de la materia*». A la misma solución se llega en la **STS de 7-12-2004 (Rc 4520/2003)**.

### ***1.4. Competencia del orden social para conocer de la reconversión del empleador***

La **STS de 20-01-2005 (Rc 1555/04)** declara la competencia del orden social para conocer de la reconversión del empleador por el precio de suministros al trabajador de productos de la misma —dos motocicletas—, planteada oportunamente por aquél ante una reclamación de cantidad interpuesta por un trabajador por salarios no abonados. Para dirimir la cuestión controvertida esta Sala aborda la interpretación del art. 2. a) LPL

y, en concreto, el término «consecuencia», toda vez que el citado precepto atribuye a los órganos jurisdiccionales del orden social el conocimiento de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo». La Sala otorga a tal cuestión una solución positiva. Se apoya para ello en que el trabajador adquirió productos comercializados por la empresa, debido precisamente a su condición de trabajador, lo que además determinó que se realizaran en condiciones muy particulares y ventajosas para este último, que adquirió los vehículos comprometiéndose a pagar el precio mediante la retención mensual de cantidades a cuenta sobre el salario, obligación que, a solicitud del propio actor, se fue aplazando, sin que después de año y medio se hubiera hecho efectivo pago alguno, lo que evidencia la conexión entre los hechos que motivan la reconvencción y el contrato de trabajo, y satisface la previsión del art. 2. a) LPL.

### ***1.5. Empresa que de manera unilateral procede a descontar las cantidades que estima le son adeudas por los trabajadores en relación a las retenciones del IRPF***

En el caso que resuelve la **STS de 27-01-2005 (Rc 755/04)** se declara la competencia del orden social para conocer de una demanda de conflicto colectivo planteada en solicitud del reconocimiento del derecho de los trabajadores al pago íntegro y mensual de los salarios debidos sin que la empresa por su propia autoridad los merme practicando descuentos por el concepto de <regularización IRPF declarado en el ejercicio precedente. La empresa demandada fue requerida de pago por la Agencia Tributaria ya que no había calculado correctamente el porcentaje de retenciones aplicable a los trabajadores, entre ellos los tres demandantes, por lo que procedió, en fecha 30 de abril de 2001, al ingreso de las retenciones no practicadas y a la regularización de las retenciones correspondientes al año 2000. Posteriormente, concretamente en la nómina del mes de junio, procedió la empresa a descontar a los trabajadores determinadas cantidades por el concepto de «Ret. Hpu».

Planteada la litis en los términos expuestos, el debate judicial versó sobre si la empresa tiene o no la facultad de proceder, unilateralmente y por su propia autoridad, a descontar —como medio de extinción de las obligaciones por vía de compensación— las cantidades que estima le son adeudadas por los trabajadores, a consecuencia de previos errores,

sufridos por aquélla, al efectuar las retenciones del citado impuesto. La sentencia afirma que el extremo traído a su consideración se trata de una cuestión entre trabajadores y empresarios, derivado del contrato de trabajo e incardinable en las previsiones del art. 2.a) y 1) LPL. Esta fue asimismo la solución adoptada en la STS de 20-03-2002 (Rc 2203/2002) en un supuesto similar referido al IVA.

### ***1.6. Competencia objetiva***

Los trabajadores afectados por el conflicto real que se suscita en el asunto sobre el que versa la **STS de 25-10-2004 (Rc 5046/03)** son aproximadamente unos ciento veinticinco, que llevan a cabo su actividad adscritos a la tramitación de créditos o préstamos concedidos por Bancaixa en las plantas 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del edificio propiedad de dicha entidad sito en la calle Pouet de Sanvicente de Valencia, al que se denomina «Glorieta». Razón por la cual, la sentencia de referencia considera competentes a los tribunales de Valencia, por más que la entidad tenga oficinas o centros de trabajo en todo el territorio nacional o en otras provincias.

### ***1.7. Competencia jurisdiccional y doble vínculo contractual***

La **STS de 27-10-2004 (Rc 5349/03)** declara la competencia del orden social para conocer de unan demanda de despido interpuesta por quien mantenía un doble vínculo contractual con la compañía, uno de asesor mercantil de mediación de seguros y otro de arrendamiento de servicios de gerente de sucursal, respecto de esta última relación. Se aplica la doctrina contenida en la STS de 23-3-2004 (RCUD 3896/02).

### ***1.8. Personal estatutario de la Seguridad Social. Competencia del orden social para conocer de la pretensión indemnizatoria por no haber realizado una jornada de cuarenta horas de conformidad con el Acuerdo entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales en el que se establecía una jornada de 1.645 horas anuales para el turno diurno***

La competencia para conocer de los litigios planteados por el personal estatutario viene atribuida con carácter general a la jurisdicción

social por el art. 45 LGSS de 1974, vigente de modo paralelo al actual Texto Refundido aprobado por el RD Ley 1/94, en virtud de su Disposición Derogatoria, estableciendo en su apartado segundo que la jurisdicción del trabajo será la competente para conocer de las cuestiones contenciosas que se susciten entre las Entidades Gestoras y su personal. Se trata, por tanto, de una competencia atribuida por norma con rango de ley, como prevé el art. 2 p) LPL.

No obstante, la Sala Cuarta ha venido entendiendo que existe una dualidad jurisdiccional con incidencia en el aspecto relativo a las indemnizaciones reclamadas por el personal estatutario, aplicando dos soluciones en función del acto del que deriva el daño cuya reparación se interesa: si el incumplimiento del que deriva la indemnización afecta a la relación de servicios y es competencia del orden social, también corresponde a ese orden jurisdiccional el conocimiento de la reclamación de la indemnización de daños; en otro caso, el orden competente es el contencioso-administrativo. Es decir, que la competencia para conocer de una pretensión indemnizatoria no depende sólo de la existencia de una relación estatutaria, presupuesto que ha de darse siempre, sino también del título de imputación esgrimido en cada caso; de modo que será competente la jurisdicción social cuando se demande a la entidad gestora en su condición de empleadora sobre la base del incumplimiento de alguno de los derechos y obligaciones previstos en el correspondiente Estatuto de Personal o en cualquier otra norma expresamente aplicable a la relación estatutaria (responsabilidad del art. 1.101 CC), y sólo si se acciona frente a la entidad gestora por su responsabilidad objetiva y directa, conocerá excepcionalmente el orden contencioso-administrativo (STS de 20 de noviembre de 1998, RCUUD 2347/02).

Por lo tanto, la demanda formulada por personal estatutario del INSALUD en solicitud de abono de la diferencia de horas existente entre las realmente realizadas y las establecidas como jornada máxima anual para el turno diurno por el punto IV de la Resolución de 10-6-92 de la Secretaría General para el Sistema Nacional de Salud, sobre el Acuerdo firmado entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales, debe ser conocida y resuelta por la jurisdicción social (STS de 8-7-2004, Rc 984/03) en cuanto la acción ejercitada es de indemnización por daños y perjuicios derivada de un pretendido incumplimiento de la Administración Sanitaria, y **con el objeto de que se repare el daño causado por no haber podi-**

do realizar una jornada de 40 horas semanales, cuyo derecho se postula.

***1.9. Mejoras voluntarias. Aseguramiento de riesgos profesionales concertado por quien no tiene la condición de empresario. No es mejora voluntaria y compete a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los litigios surgidos de tal aseguramiento***

El art. 2 c) LPL atribuye competencia a la jurisdicción social para el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan respecto de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social, reguladas en los arts. 39 y 191 a 194 LGSS, y en relación con los planes y fondos de pensiones regulados en la Ley de Planes y Fondos de Pensiones y en las disposiciones reglamentarias que la desarrollan.

En el supuesto de una póliza de seguro colectivo suscrita por la Consellería de Pesca de la Xunta de Galicia a favor de un grupo de personas que pueden verse afectadas por accidentes de mar (tripulantes gallegos de barcos de pesca, mariscadores, miembros de la Cruz Roja, trabajadores de viveros flotantes) la **STS de 27-1-2005 (Rc 318/04)** ha declarado la **incompetencia de la jurisdicción social** para conocer de la demanda formulada por la viuda de un marinero de barco de pesca que falleció prestando servicios en alta mar. Para alcanzar tal conclusión la Sala analiza la **terminología empleada por la legislación vigente** en materia de mejoras voluntarias; concretamente, respecto de la mejora directa de las prestaciones, el art. 192 LGSS se refiere a que las «empresas» podrán establecerlas; mencionando también a los «empresarios» a propósito de la anulación o disminución de las ya implantadas (art. 192 párrafo segundo); y a las «empresas» nuevamente respecto a los modos de gestión de la mejora directa (art. 193 LGSS).

En definitiva y aunque los accidentes del mar merecen normalmente la calificación de accidentes de trabajo, la protección social complementaria a cargo de la Xunta de Galicia no deriva de un contrato laboral o de un convenio colectivo, y no constituye una mejora voluntaria de la Seguridad Social porque **dicha entidad no interviene como tomadora del seguro a título de empresario sino como un poder público de la Comunidad Autónoma.**

***1.10. Competencia del orden social de la jurisdicción para conocer sobre la nulidad de una orden del SERVICIO DE SALUD que asigna unas determinadas funciones técnicas a desempeñar***

El art. 45.2 LGSS de 1974 contiene una norma de competencia de la jurisdicción social que no se define exclusivamente por la materia a la que afecta, sino que se delimita también en función de las partes entre las que se suscita la controversia, esto es, el personal estatutario y las entidades gestoras, con un criterio que sigue también la LPL en su art. 2 apartados a), d) ñ) y o). En este sentido se pronunció la STS de 20-11-2003 (Rc 4876/02) y ahora vuelve a hacerlo esta Sala en su STS de 13-5-2005 (Rc 1926/04) respecto de la pretensión ejercitada por la Confederación de Sindicatos Independientes y Sindical de Funcionarios (CSI-CSIF) con el objeto de que se declarase la nulidad de las órdenes o instrucciones de la Dirección de Enfermería del Complejo Hospitalario La Mancha Centro, que destinaron a las demandantes al servicio de laboratorio de un hospital para la realización de funciones técnicas. El origen del litigio es que uno de los demandantes era un sindicato, lo que eventualmente podría romper el binomio del art. 45.2 citado, pero esta Sala mantiene la competencia del orden social porque lo discutido es precisamente la procedencia o no de asignar determinadas funciones a un determinado personal estatutario, con incidencia directa en el ámbito de las posibles o reales funciones a desempeñar y en su determinación por la entidad gestora, atendiendo a la capacitación específica de dicho personal. Y ello, sin perjuicio de las excepciones a la competencia del orden social «formadas históricamente» en relación con las reservas de competencia de la Administración del Estado frente a la descentralización institucional de la Seguridad Social, que comporta la del régimen del personal que presta servicios para la propia entidad gestora en materias de régimen disciplinario y provisión de vacantes (STS de 30-4-2004, Rc 996/02, y las que en ella se citan).

Por otra parte, en cumplimiento de lo previsto en el art. 84 de la Ley General de Sanidad fue aprobada la Ley 55/03, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud. Su Exposición de Motivos hace referencia, por un lado, a la necesidad «imprescindible» de establecer un nuevo modelo de relaciones laborales para el personal estatutario de los servicios de salud y, por otro, a que el capítulo I establece con nitidez el carácter funcional de la relación estatutaria, aplicándose supletoriamente las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente (art. 2.2). En definitiva, hay interpuestos

ante esta Sala algunos recursos que probablemente la lleven a reconsiderar su propia competencia a partir de la entrada en vigor de esa Ley.

## 2. Partes procesales

### 2.1. *Litisconsorcio pasivo necesario: la empresa debe ser parte en proceso de accidente de trabajo donde el trabajador reclama un determinado grado de invalidez*

En la STS de 16-07-20024 (Rc 4165/03) la cuestión examinada consistió en determinar si en los procesos de invalidez derivada de accidente de trabajo, existe o no un litisconsorcio pasivo necesario que obligue a demandar a la empresa empleadora, además de a la Mutua aseguradora del riesgo, el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, optando la Sala por una respuesta positiva. Parte para ello de que la exigencia de la llamada al proceso de la empresa como litisconsorte pasivo necesario se deriva tanto de la ley como de su posición en la relación jurídico-material. El soporte legal tiene como sustento el art. 141 LPL al disponer que en todos los procesos de accidente de trabajo o enfermedad profesional en cuyas demandas no aparezca el nombre de Entidad gestora o aseguradora, el Juez deberá requerir su identificación «al empresario demandado», de lo que es dable colegir que persiste la exigencia legal de que, en todos los procesos de tal clase el empresario debe estar presente como parte para que quede válidamente constituida la relación jurídico-procesal. Dicha necesidad surge asimismo de la propia relación jurídico material, toda vez que la ausencia de la empresa en un proceso de tal naturaleza podría lesionar grave e irreparablemente su legítimo derecho de defensa, insisto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva o, en el mejor de los casos, podría dar lugar a las sentencias contradictorias que el litisconsorcio pasivo necesario pretende eludir.

## 3. Proceso ordinario

### 3.1. *Reconvención y excepción de compensación*

La cuestión que se debate en la STS de 17-9-2004 (Rc 4818/03) consiste en determinar si la empresa que es demandada por un trabajador en proceso de reclamación de cantidad, puede alegar directamente en juicio la compensación de deudas como excepción o, por el contrario, está obli-

gada a formular reconvencción en el previo acto de conciliación administrativa. La Sala admite la excepción de compensación aunque no hubiera sido anunciada en el intento de conciliación prejudicial, para ello parte de la no fácil tarea de distinguir entre oponer la excepción de compensación de créditos recíprocos, y ejercer la reconvencción, máxime cuando en decisiones anteriores se ha afirmado con rotunda decisión la exigencia del anuncio de la reconvencción en el intento de avenencia preprocesal, como requisito indispensable para el ejercicio de la reconvencción, buena muestra de lo cual es la **STS 6-04-2004 (RCUD Rc 1376/03)**.

La sentencia acepta la posibilidad de oponer en juicio la excepción de compensación de deudas, al amparo del art. 85.2 de la Ley de Procedimiento Laboral sin necesidad de formular reconvencción ni de anunciarla en la conciliación previa. Para ello se remite a lo resuelto por la STS de 27-5-97 (Rc 3705/96), en la que se establecía que dentro de la contestación a la demanda cabe que el demandado admita, total o parcialmente, los hechos de la demanda, que se oponga a ella invocando excepciones materiales, respecto del fondo del asunto, siempre y cuando se mantengan dentro de la misma relación jurídico-material deducida en el proceso por el actor y no susciten un objeto procesal distinto. Objeto de posible alegación por el demandado, son los hechos excluyentes, impositivos y extintivos; y entre estos últimos, que son los que ahora nos interesan, se incluye la extinción de la obligación pretendida por el actor por alguno de los medios que en enumera el art. 1.156 del Código Civil, incluyendo entre ellos a la compensación. De lo expuesto concluye que al no haber solicitado la demandada la condena de la demandante al pago de cantidad alguna, sino que se limita a interesar su propia absolución, por extinción de la deuda al amparo del art. 1.202 del Código Civil, no se ha producido pues de acuerdo con la doctrina expuesta una reconvencción, por lo que no era necesario su anuncio previo en conciliación como prevé el art. 85.2 LPL y exigió la sentencia recurrida con invocación los arts. 408.1 y 438 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que no conducen a dicha solución.

### ***3.2. Plazo de prescripción de la acción y pendencia de recurso contencioso-administrativo***

La cuestión analizada en la **STS 31-3-2004 (Rc 3421/03)** se centra en si la pendencia de **recurso contencioso-administrativo** frente a reso-

lución 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.

### ***3.3. La prueba del derecho extranjero***

Una de las sentencias emblemáticas del año, tanto por la materia sobre la que versa, como por el sentido de la solución que aporta y su relación con la doctrina constitucional y la jurisprudencia precedente, es la **STS de 4-11-2004 (Rc 2652/03)**, de la Sala General. En la misma se sostiene que cuando la norma de conflicto aplicable determine la aplicación del derecho extranjero, la falta de acreditación del contenido y vigencia de este último, derivada de la exigencia establecida en el art. 281.2 LEC, obligará a la aplicación subsidiaria del derecho interno. Se tiene en cuenta, a tal efecto, que el propio precepto contenido en la citada ley rituarial otorga al órgano jurisdiccional que conozca del caso la posibilidad de acudir a cuantos medios de averiguación estime necesarios para que se pueda aportar al proceso la normativa foránea de aplicación, lo cual en buena parte de los casos será casi imprescindible, dada la dificultad de la parte para poder reunir los requisitos necesarios para que el juzgador disponga de la norma aplicable, vigente y, con toda probabilidad, traducida al idioma de uso en el foro.

La Sala acoge así el criterio que se puede desprender de la doctrina constitucional, contenida en las SSTC 10/2000, 155/2001 y 33/2002, corrigiendo el que la propia Sala Cuarta mantuvo en su sentencia de 22-5-2001 (Rc 2507/00), conforme a la cual, en tales casos, la acción habría de decaer, puesto que la pretensión articulada quedaría privada de su principal apoyo. Ésta es la solución que, en cambio, se propugna en los votos particulares que se formulan a la sentencia comentada, donde los magistrados disidentes ponen énfasis, por un lado, en el carácter indisponible de la norma de conflicto, que con la doctrina más reciente quedaría en entredicho; y, además, llaman la atención sobre el hecho de que esta nueva doctrina pudiera favorecer maniobras estratégicas e incluso fraudulentas de los litigantes, para facilitar, con su inactividad probatoria, la aplicación del derecho español, frecuentemente más favorable a los intereses de la parte. Todo ello acompañado de un análisis detenido de los casos sobre los que versan las sentencias del Tribunal Constitucional sobre las que se apoya la nueva doctrina de la Sala, que entienden no debían incidir en un cambio de criterio respecto del que el TS venía manteniendo en sus sentencias de 22 y 25-5-2001 y 19-2-1990. Concluyen, en fin, afirmando que si uno de los elementos constitutivos de la pretensión resulta irreal o inexistente, o no se logra su constatación, la demanda debería ser desestimada, lo que resultaría por completo respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva.

### **3.4. *Administración pública que alega sorpresivamente en el acto del juicio la excepción material de prescripción. Infracción del art. 72.1 LPL***

La STS de 2-03-2005 (Rc 448/04) tiene un gran interés, porque interpreta el art. 72.1 LPL y, en concreto, si la Administración pública puede alegar por primera vez en el acto del juicio verbal la excepción de prescripción, cuando ésta no había sido aducida al denegar la petición en la vía administrativa previa. Para dar adecuada respuesta a la cuestión suscitada, la sentencia indica que el precepto legal examinado es regla especial frente a lo dispuesto en el art. 85.2 LPL, pues el primero ha sido concebido para el caso concreto de que la demandada sea la Administración pública, mientras que el segundo regula con carácter general el momento —contestación a la demanda— en que el demandado puede argüir, en uso de su derecho de defensa «cuantas excepciones estime procedentes». Por lo demás, y tras examinar las diferentes categorías de

hechos que pueden ser aducidos por la parte demandada en su contestación, tratándose la excepción material de prescripción de un hecho excluyente, que necesita de expresa alegación para que pueda ser judicialmente apreciado, sin que pueda deducirse de la prueba, concluye la sentencia negando que tal excepción pueda ser alega en juicio si previamente no se alegó al resolver la reclamación previa, so pena de quebrantar la exigencia de congruencia entre la fase preprocesal y procesal propiamente dicha, congruencia que, para respetar el principio de igualdad de las partes en el proceso, impone a ambos litigantes la carga de no introducir en el mismo variaciones sustanciales, por lo que y al hilo de la cuestión examinada, la demandada no podrá oponerse a más de lo que, en su caso, hubiera resistido con anterioridad.

#### 4. Modalidades procesales

##### *4.1. Caducidad de la acción de despido por error en la resolución administrativa*

En la **STS de 17-12-2004 (Rc 6005/03)** se suscita el problema de si el error en la especificación del plazo para interponer la demanda por despido en que haya podido incurrir la Administración en la resolución administrativa tiene alguna repercusión en el cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido.

En el caso enjuiciado en dicha sentencia, la resolución administrativa emitida en el correspondiente trámite previo a la interposición de la reclamación por despido advertía que la demanda ante la jurisdicción social podía interponerse en el plazo de veinte días «a contar desde la notificación de la presente resolución...», sin tener, por tanto, en cuenta los días previos ya transcurridos desde la notificación del acto extintivo. Y la sentencia de instancia apreció la caducidad de la acción.

La Sala, haciendo suya la doctrina constitucional contenida en las SSTC 193 y 194/1992 y 214/2002, de conformidad con la cual «*no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987).*» Por lo que concluye afirmando que tal error no puede perjudicar al actor, y que «*no puede considerarse falta de diligencia el seguir las instrucciones contenidas en las notificaciones*

*administrativas»...*, pues «*lo contrario supondría colocar a los ciudadanos en una situación de inseguridad ante...*» tales notificaciones. Por todo lo cual, se estima el recurso interpuesto por el demandante, ordenando la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la sentencia que apreció la referida caducidad, de forma que pueda resolverse la controversia planteada.

#### **4.2. Subsanación del despido: plazo civil**

En la **STS de 10-11-2004 (Rc 5837/03)** se aborda una cuestión de notable interés relativa a determinar si el plazo de veinte días a que hace referencia el art. 55.2 ET—subsanación del despido— se computa por días naturales y, en consecuencia, si la subsanación se produce transcurrido dicho plazo, no son de aplicación las previsiones contenidas en el citado precepto legal, o sólo deben computarse los días hábiles.

Para la resolución de la cuestión la Sala analiza la evolución legislativa del precepto legal a partir del año 1980, en cuya redacción originaria ya se preveía la posibilidad de subsanación, pero no se establecía el plazo para llevar a cabo la misma, al limitarse a señalar que «el posterior cumplimiento por el empresario de dichos requisitos no constituirá nunca subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido que surtirá efectos desde su fecha», entendiéndose el Tribunal, analizando la redacción inicial, que la subsanación de los defectos de forma sólo era posible si se producía antes de presentada la correspondiente demanda. La nueva redacción tiene su origen en la Ley 11/194, de 9 de mayo, en la que se establece que la subsanación ha de llevarse a cabo en el plazo de veinte días, dando cumplimiento asimismo al resto de los requisitos contenidos en el art. 55.2 ET, de forma que si dicha subsanación se produce fuera de dicho plazo «no tendrá ningún valor como nuevo despido y habrá que estar al primero con todas las consecuencias negativas para el empleador», calificándose como un plazo de caducidad que tiene establecido un límite que no puede ser sobrepasado.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, se suscita cual haya de ser la naturaleza jurídica del plazo en cuestión, y más concretamente si estamos en presencia de un plazo procesal, en cuyo cómputo han de ser excluidos los días inhábiles, o de un plazo civil que impone el cómputo sin exclusión alguna conforme a lo establecido en el art. 5.2 del CC, llegando la Sala a la conclusión de que al estar previsto el cómputo pro-

cesal de los plazos sólo con relación a las actuaciones procesales y dado que el plazo a que hace referencia el art. 55.2 ET se encuentra situado fuera del proceso judicial, su cómputo ha de llevarse a efecto por días naturales, de forma que al haberse notificado la carta de subsanación cuando ya habían transcurrido los citados veinte días, la misma no surte efecto alguno y en consecuencia existe un único despido, el primero, frente al cual el actor accionó en debida forma, lo que determina que la Sala de lugar al recurso de que conoce con revocación de la resolución recurrida para que el tribunal de procedencia dicte nueva sentencia, partiendo del presupuesto de una defectuosa subsanación de la carta de despido original.

### *4.3. Despido: plazo para el ejercicio de la acción*

La STS 15-03-2005 (Rc 1565/04), aborda el problema de si, tras la vigencia de la LEC/2000, cabe la presentación de la demanda de despido ante el Juzgado de lo Social antes de las 15:00 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo de los 20 días establecido en los arts. 59.3 ET y 103.1 LPL. La sentencia hace referencia al criterio que ya había sido adelantado por la Sala —si bien como «obiter dictum»— en la STS 26.2.2003, para concluir que, de acuerdo con la DAd. 1.<sup>a</sup> LPL y el art. 4 LEC, la regulación del art. 45.1 LPL debe entenderse complementada con lo dispuesto en el art. 135.1 LEC, de suerte que la demandante puede acogerse, alternativamente, a cualquiera de estos dos sistemas: a) si lo que quiere es presentar válidamente un escrito el último día del plazo, en horas en que no esté abierto el Registro del Juzgado o de la Sala, podrá hacerlo en el Juzgado de Guardia y luego ponerlo en conocimiento del Juzgado o de la Sala el día siguiente hábil; b) pero si lo prefiere, también puede presentar el escrito ante dicho Juzgado o Sala antes de las 15:00 horas del día siguiente hábil al vencimiento del plazo, en cuyo caso, no precisa cumplir con el trámite previsto en el art. 45.1 LPL. La cuestión es por qué va a hacerlo con arreglo al primer sistema, cuando el segundo es mucho más sencillo; la aplicación del 45.1 LPL tiene sentido cuando no existe «el día después», pero, salvo en casos muy particulares, no parece lógico acudir el último día de plazo al Juzgado de Guardia y tener que dejar constancia de ello al día siguiente hábil, si se puede cumplir el trámite con al simple presentación del escrito al día siguiente hábil. Por lo demás, la sentencia salva la posible interpretación de que el art. 135.1 LEC vaya referido únicamente a los pla-

zos procesales, indicando que si bien el plazo de caducidad de 20 días que establece el art. 59.3 ET es de naturaleza sustantiva —y no procesal, pues se desarrolla fuera del proceso, sin intervenir durante su transcurso actuación judicial alguna—, se trata de una caducidad especial pues su cómputo se suspende durante el tiempo empleado para la conciliación o la reclamación previa, y del mismo se excluyen los días inhábiles. Y siendo de aplicación el art. 135.1 LEC «cuando la presentación de un escrito esté sujeta a plazo», no hay duda de que, entre tales escritos, se encuentra comprendido el escrito de demanda.

#### *4.4. 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 la **STS de 16-9-2004 (Rc 117/03)** se decide por el procedimiento de conflicto colectivo la impugnación de una modificación de condiciones de trabajo.

Se impugna en concreto una decisión de la empresa demandada orientada a la creación de un nuevo modelo de banca comercial, con base en el incumplimiento de las formalidades previas a la adopción de la medida y, de modo subsidiario, la improcedencia o injustificación de las modificaciones de las condiciones de trabajo derivadas de aquella decisión.

La Sala descarta las alegaciones de las organizaciones sindicales recurrentes, por cuanto que consta que se celebraron las preceptivas consultas con los representantes de los trabajadores, y se recabaron de éstos los oportunos informes, con carecer previo a la adopción de la medida. A ello se suma que las repercusiones sobre las retribuciones de los trabajadores se circunscriban a la consecución de objetivos, sin producirse merma alguna en el salario base o de convenio.

La **STS de 10-12-2004 (Rc 63/04)**, que también se pronuncia sobre la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo para dirimir una controversia referida a una reducción de jornada, prevista en el art. 32.2.

RD 1561/1995, que afecta a un grupo genérico de trabajadores, los que prestan servicios conforme al sistema de turnos cerrados, respecto de los que se pretende acumular el mecanismo de compensación de horas extras previsto en el convenio, con el que deriva del aludido Reglamento sobre jornadas especiales.

#### ***4.5. Procedimiento de oficio***

La Sala ha abordado en este periodo el plazo de prescripción de la acción, la Sala considera en sus **SSTS de 12-7-2004 (RCUD 2756/03)** y **21-10-2004 (Rc 4567/03)** que el plazo establecido en el art. 59 ET no se aplica al procedimiento de oficio, puesto que aquel precepto se refiere a las acciones derivadas del contrato de trabajo, cosa que no puede ser predicada del procedimiento incoado en este caso, que afecta a la materia de Seguridad Social. Ello determinaría más bien la aplicación del art. 21.1 c) LGSS.

#### ***4.6. Procedimiento de tutela de la libertad sindical***

Se pronuncia sobre al ámbito y alcance del procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales la **STS de 26-7-2004 (RCUD 2334/03)**, a propósito de una revocación del mandato de una delegada de personal, seguida de la adopción de la decisión de promover nuevo proceso electoral.

Promueve el procedimiento de tutela de la libertad sindical el sindicato UGT de Huelva, en nombre propio y en representación de una afiliada, que era delegada de personal en la empresa RNE en Huelva, en el que se invoca la lesión del derecho como consecuencia de la celebración de asamblea revocatoria en la que, mediante votación a mano alzada, con oposición de la delegada, se acordó la revocación de su mandato, promoviéndose seguidamente nuevas elecciones en el centro de trabajo.

Se suscita esencialmente la adecuación o inadecuación del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales para postular la declaración de nulidad de la asamblea celebrada, de los acuerdos en ella adoptados y del proceso electoral ulteriormente promovido.

Tras hacer una serie de consideraciones de gran interés sobre las exigencias formales de acceso al recurso de casación para la unificación de

doctrina —relación precisa y circunstanciada de la contradicción, y suficiente fundamentación de la infracción legal denunciada—, así como sobre el alcance mismo de la contradicción, y discrepando de lo esgrimido al respecto por el Ministerio Fiscal, la Sala entra en el examen del motivo de recurso.

Considera la aludida sentencia que la tramitación indebida del procedimiento de tutela de la libertad sindical, cuando hubiere correspondido el proceso ordinario, no provoca indefensión —más bien lo contrario, al intervenir incluso el Ministerio Fiscal no siendo preceptivo—, por lo que la sentencia del TSJ recurrida no debió decretar la nulidad de actuaciones, sino examinar si concurrían en efecto las causas para la anulación de la asamblea revocatoria, y resolver además sobre las restantes pretensiones de anulación. Al haberse únicamente pronunciado sobre la inexistencia de razones para la anulación de la asamblea, la Sala considera que procede devolver las actuaciones a la Sala de Sevilla para que, con libertad de criterio, resuelva sobre los demás motivos del recurso de suplicación.

Una de las características singulares de la modalidad procesal de tutela es la intervención en el proceso del Ministerio Fiscal.

El problema que se aborda en la **STS de 22-7-2004 (RCUD 3338/03)** es el referido a los efectos que en la tramitación del procedimiento de tutela de los derechos fundamentales tiene la falta de comparecencia en juicio del Ministerio Fiscal, a pesar de estar debidamente citado.

*Conforme a la doctrina contenida en la sentencia de 14 de marzo de 2002, la Sala afirma que ello no provoca la nulidad de actuaciones, habida cuenta que se han cumplido todos los trámites procesales necesarios para que el Ministerio Fiscal pueda intervenir en el proceso.*

Algunos pronunciamientos de estos primeros meses del año 2005 relativos al alcance del proceso de tutela de la libertad sindical y al contenido de la acción ejercitada en el mismo resultan esclarecedores de algunas dudas que, aún hoy, siguen surgiendo en la práctica en torno a estas cuestiones.

Así, en concreto, en la **STS de 19-1-2005 (Rc 27/04)** se afirma la adecuación del procedimiento de tutela de la libertad sindical cuando el fundamento de la pretensión ejercitada es la vulneración de la regulación

sobre el ejercicio de la actividad sindical que se contiene en el convenio colectivo de aplicación. En este concreto caso, en relación con la constitución de una comisión mixta que ha de intervenir en determinados procesos para la provisión de vacantes en la empresa, y de la que forma parte integrante el sindicato demandante, la Sala precisa que lo que hubiera debido hacer la sentencia de la Audiencia Nacional —en lugar de rechazar la pretensión por inadecuación del procedimiento— es proceder al examen de si la misma se ajustaba o no al art. 28 CE, desestimándola si la respuesta hubiera sido negativa, sin perjuicio de que en otro proceso se hubiera podido estimar tal pretensión, pero con base en la infracción simple del precepto convencional de referencia.

Otra sentencia clarificadora del período que abarca la presente crónica —cuya cita merece la pena en este momento, sin perjuicio de su reiteración o análisis un poco más detenido en la parte correspondiente al proceso social—, es la **STS de 25-1-2005 (Rc 1374/04)**, en la que se despeja la duda de la posibilidad de formular, dentro del proceso de tutela —caracterizado por la limitación de la cognición al examen de la lesión del derecho fundamental—, la reclamación de atrasos o diferencias salariales que sean consecuencia del trato discriminatorio. Se considera que la condena al pago de tales diferencias no es cosa distinta que la reparación de las consecuencias dañosas del acto lesivo, la que se alude en el art. 180 LPL, como parte del contenido complejo de la sentencia que se dicta en este tipo de procesos.

## **5. Recurso de suplicacion**

### ***5.1. La afectación general como mecanismo de apertura del recurso***

Como en años anteriores, en gran parte de los recursos examinados por la Sala ha debido abordarse nuevamente el concepto de afectación general, tema por otro lado que sigue suscitando un notable interés. Las **SSTS de 12-1-2005 (Rc 6239/03)**, **21-2-2005 (Rc 617/04)**, y **25-2-2005 (Rc 5755/03)**, reiteran la doctrina fijada ya en el año precedente, señalando además que la existencia de afectación general es un tema de competencia funcional que puede y debe ser examinado, incluso de oficio, sin necesidad de analizar previamente la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la aportada de referencia como condición de admisibilidad del recurso de casación para la unificación de doctri-

na.No obstante, como indican las sentencias señaladas, cuando la Sala haya declarado de modo reiterado la existencia de afectación general respecto a una cuestión concreta, *«tal declaración, en relación con otros procesos en los que se suscite la misma cuestión, tiene el valor de la doctrina jurisprudencial, al ser la afectación general un concepto jurídico»*.

## **5.2. Obligación del Estado de constituir el capital coste de renta ex art. 192.2 LPL**

La **STS de 20-09-2004 (Rc 3405/03)** establece la obligación del Estado de constituir para recurrir en suplicación, el capital coste de renta en aquellos casos en que haya sido condenado al pago de una prestación de Seguridad Social por falta de alta y cotización de un trabajador.

Al respecto señala la Sala que si bien el art. 227.4 LPL establece que el Estado, entre otras entidades, queda exento de constituir el depósito a que dicho precepto se refiere y las consignaciones que para recurrir vienen exigidas por dicha ley, mandato que igualmente se contiene en el art. 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, sobre Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, sin embargo la obligación que se contiene en el art. 192.2 LPL es de naturaleza distinta, ya que «no se trata en puridad de un verdadero depósito, sino del cumplimiento de un trámite económico-actuarial con un contenido y finalidad específicos, como es que el que ha obtenido por sentencia el derecho al percibo de una pensión, pueda empezar a cobrarla y se le mantenga al menos durante la sustanciación del recurso, tutelando así los intereses del pensionista, la parte más débil de la relación de aseguramiento prestacional. Tras reiterar que la especial naturaleza de la constitución del capital coste de renta par hacer frente al pago de la pensión se reconoce y ampara constitucionalmente en la STC 64/1998, se concluye en que no es posible mantener un trato diferenciado del Estado en materia de cumplimiento de dicha obligación, ya que ello supondría un privilegio incompatible con la finalidad de la norma, que no se trata tanto de asegurar el que la Administración condenada cumplirá con la obligación judicialmente impuesta, sino que la finalidad es garantizar el inicio del cobro de la prestación por parte del beneficiario, lo que exige se lleven a cabo los cálculos actuariales correspondientes y se deposite el capital coste de renta para hacer frente a esa obligación.

## 6. Recurso de casación para la unificación de doctrina

### 6.1. *Plazo de personación en el recurso de casación unificadora*

En el recurso de casación para la unificación de doctrina el plazo para la personación transcurre al mismo tiempo que el de interposición del recurso. Es más, ello explica que con frecuencia personación e interposición se verifiquen a través de un único escrito.

Pero lo importante, a la luz de la doctrina contenida en la **STS de 19-7-2004 (Rc 879/03)**, es que si la personación se produce fuera del plazo, pero el escrito de interposición se ha presentado en tiempo, ello no constituye motivo de inadmisión del recurso.

### 6.2. *Firmeza de la sentencia de contraste*

Aunque se trate de una cuestión sumamente específica y de alguna forma extravagante, por lo excepcional, merece la pena traer a colación lo resuelto por la **STS de 26-11-2004 (Rc 4263/03)**, en la que se decreta la **nulidad de actuaciones** como consecuencia de la incidencia sobrevenida en la fase de recurso de casación unificadora, de la que seguidamente se da cuenta.

Como es sabido, el art. 217 LPL ha sido interpretado por la propia Sala Cuarta en el sentido de que las sentencias que la parte recurrente en casación para unificación de doctrina aporte para acreditar el presupuesto de la contradicción existente con la sentencia que se pretende impugnar, han de reunir el requisito de la firmeza, en el momento de la publicación de la sentencia recurrida [entre otras, la STS de 14-7-1995].

En el caso de la sentencia que se comenta, el secretario de la Sala emisora de la sentencia de contraste expidió certificación en la que se decía que se acreditaba la firmeza de dicha sentencia, por lo que la parte la aportó al recurso. Sin embargo, con posterioridad, en algún momento de la tramitación se comprobó que dicha sentencia había sido casada y anulada por otra sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, de forma que no podía considerarse resolución idónea para acreditar la concurrencia del presupuesto de la contradicción doctrinal que abre paso al recurso de casación unificadora.

Pues bien, para que el error al que fue inducido el recurrente no pueda provocarle indefensión, se estima oportuno decretar la nulidad de las actuaciones, a fin de que la parte pueda preparar e interponer el recurso designando sentencias idóneas, que en efecto hubieran ganado firmeza en la fecha de publicación de la recurrida.

### ***6.3. Actos de comunicación y casación por quebrantamiento de forma***

La correcta verificación de los **actos de comunicación** tiene, como viene reiterando el TC, conexión directa con el derecho a la **tutela judicial efectiva**, puesto que la misma garantiza el principio de contradicción en el proceso.

En la **STS de 15-12-2004 (Rc 112/03)** se estima el recurso de casación ordinario interpuesto por RENFE, frente a la sentencia recaída en procedimiento de conflicto colectivo como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo, con base en la defectuosa citación de la demandada.

En efecto, RENFE —que no compareció a los actos de conciliación previa y juicio— había sido citada mediante correo certificado con acuse de recibo, en la provincia de Tarragona, y habiéndose estampado una firma ilegible, sin constancia del nombre y apellidos del firmante, ni número de DNI. Y la Sala considera vulnerado el art. 60.2 LPL, que establece, respecto de las personas jurídicas, que los actos de comunicación se practiquen en las delegaciones, sucursales, representaciones o agencias establecidas en la población donde radique el Juzgado o Tribunal que conozca del asunto. Así pues, no existiendo en Tarragona ningún servicio de registro a efecto de notificaciones, habría debido dirigirse la aludida citación, bien a la estación de RENFE de Barcelona, bien a su domicilio social de Madrid.

### ***6.4. Alcance de la contradicción en los despidos disciplinarios***

Es de notable interés la **STS de 4-05-2005 (Rc 1728/04)** en la que se reitera doctrina precedente en cuanto al alcance de la contradicción en los despidos disciplinarios abundando en lo que ya esta Sala tiene declarado en cuanto a la dificultad de construir en materia disciplinaria la identidad fáctica que el exige el art. 217 LPL para que se produzca la

oposición de pronunciamientos que abre la vía a este excepcional recurso. Al respecto señala que *«ese instrumento no puede operar a partir de lo que la doctrina denomina juicios empíricos de valoración de la conducta humana, porque en estos juicios los elementos circunstanciales de ponderación adquieren la máxima significación en el orden decisorio y, por ello, se resisten a una tarea de unificación doctrinal, que sería, por definición, una labor destinada al fracaso, al intentar convertir en general y uniforme lo que, por su propia naturaleza, es particular y variable, pues en tales decisiones opera siempre un elemento de discrecionalidad que no es susceptible de unificación»*. Por lo demás, esta sentencia merece una lectura coordinada con la **STS de 20-04-2005 (Rc 6701/03)**, cuyo comentario se incluye en la parte relativa a Derecho del Trabajo.

## 7. Ejecución de sentencias

### 7.1. Sentencia recaída en conflicto colectivo y ejecución individual

Se suscita a través del procedimiento de conflicto colectivo si las empresas demandadas pueden descontar en las nóminas de sus trabajadores el denominado «descuento tarifa». Denegada tal posibilidad, y reconocido el derecho de los trabajadores a que no se produzca el descuento en sus nóminas, el problema pasa a ser el relativo a la posible ejecución de la sentencia.

La **STS de 30-6-2004 (Rc 161/03)** considera que la ejecución colectiva del fallo no es posible, por cuanto que para que la empresa devuelva las cantidades descontadas hasta el momento o, en su caso, se adopten las medidas coercitivas pertinentes, es preciso establecer la cantidad adeudada a cada trabajador afectado, de manera individualizada.

Parece oportuno señalar que, en concordancia con cuanto se viene diciendo, en cuanto a la condena de futuro consistente en no verificar el descuento en las nóminas de los trabajadores, la ejecución colectiva, en la medida en que supone una obligación de abstención por parte de la empresa de carácter general, no existe obstáculo alguno para una posible ejecución de la sentencia colectiva, sin necesidad de que la misma se inste por cada trabajador individualmente considerado. Todo ello, de conformidad con la previsión contenida en at. 239 LPL.

## ***7.2. Ejecución de sentencia de despido: carácter hábil del mes de agosto***

En la **STS de 26-10-2004 (Rc 4529/04)** los recurrentes interesaban que se declarase oportunamente ejercitada su acción, en particular, que la ejecución de la sentencia firme de despido había sido instada dentro del plazo de tres meses ex art. 277.2 LPL, quedando el debate judicial constreñido a determinar el carácter hábil o inhábil del mes de agosto. La Sala reiterando la doctrina mantenida en la materia afirma la habilidad del mes de agosto en la totalidad de las actuaciones que atañen al procedimiento por despido. Señala al respecto que «cuando en cualquier norma o disposición se hace referencia a un determinado proceso especial, es evidente que, normalmente y mientras no se haga expresa exclusión de alguna de sus partes o fases, tal alusión engloba y comprende a todos los trámites del mismo, y no sólo a las actuaciones de instancia, sino también a las que correspondan a los recursos que se hayan podido formular, tanto al de suplicación como al de casación. Por ende, cuando el art. 43.4 citado dispone que la inhabilidad del mes de agosto no alcanza a la modalidad procesal del despido, es obvio que refiere esta salvedad o excepción a todos los trámites propios del proceso, incluidos los recursos que se puedan plantear; por ello no es acertado ni admisible reducir la excepción mencionada a la fase de instancia de tal modalidad procesal, excluyendo a los recursos».