



## SENTENCIAS COMENTADAS

2007 7 PRIMER CUATRIMESTRE

### Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia

Entre las sentencias que se reseñan en el presente número del Observatorio Jurídico hemos de destacar por su importancia para los trabajadores incluidos en los Expedientes de Regulación de Empleo (ERE) la dictada por el Tribunal Supremo en fecha 25 de octubre de 2006, ponente Sr. Martín Valverde, sobre la aplicación de coeficientes reductores en la jubilación.

La cuestión que se planteaba consistía en calificar la jubilación del trabajador incluido en un ERE como forzosa o como voluntaria. Son muy numerosos los ERE que no indican concreta e imperativamente los trabajadores que van a ser objeto de despido colectivo, sino que permiten a los trabajadores que reúnen ciertas condiciones (por ejemplo la edad) acogerse voluntariamente al ERE. Esta voluntariedad está condicionada a que se cubra el número de despidos aprobados en el ERE, pues de no ser así, la empresa procedería a elegir a los trabajadores en número suficiente para cumplir las premisas numéricas del expediente.

Hasta la fecha, tanto la Seguridad Social como los Tribunales han venido denegando a los trabajadores que se acogían "voluntariamente" al ERE el derecho a obtener la aplicación del coeficiente reductor cualificada cuando solicitaban la jubilación anticipada, sobre la base de que dicha baja en la empresa era "voluntaria".

Esa tesis ha sido modificada por la citada sentencia de 25 de octubre de 2006 y ahora se reconoce el derecho que tienen estos trabajadores, si cumplen los requisitos de cotización, a que se les apliquen los coeficientes reductores cuando accedan a la jubilación anticipada.

Hay que tener en cuenta que esta nueva doctrina judicial -que está en concordancia con el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social firmado entre el Gobierno, Sindicatos y patronal en julio de pasado año- sólo es de aplicación a los trabajadores incluidos en un ERE, quedando fuera los que hayan causado baja en la empresa por medio de otros planes de reestructuración de plantillas, como "bajas" incentivadas, prejubilaciones con suspensión de contrato, convenios colectivos, etc.

De las sentencias dictadas recientemente por los TSJ damos cuenta con amplios resúmenes de cuatro de ellas, que aplican la doctrina jurisprudencial sobre temas de máximo interés para la acción sindical como son: la discriminación salarial fundada en la fecha de incorporación a la empresa, la discriminación salarial por razón de sexo, la relación entre convenios extraestatutarios y convenios estatutarios y, por último, la libertad de expresión en el ámbito de las relaciones laborales.

También se incluye en este Observatorio Jurídico un estudio sobre la nueva regulación de las Enfermedades Profesionales, del que es autor José Luís Álvarez Rodríguez, abogado de la Fundación Sindical de Estudios.

## fundación **sindical** de estudios

### observatorio jurídico

[www.fundacionsindicaldeestudios.org](http://www.fundacionsindicaldeestudios.org)

Presidente: Rodolfo Benito Valenciano

Vicepresidenta: Elvira S. Llopis

Coordinador: José Luis Álvarez

Publicaciones: Adela Crespo Álvarez

Edita: Fundación Sindical de Estudios

Sebastián Herrera, 12-14. 1ª planta. 28012 Madrid

Centro "Abogados de Atocha". Sebastián Herrera, 14





## SENTENCIAS COMENTADAS

## EN ESTE NUMERO

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 151/2006 de 22 de mayo, Rec. Amp. 1627/2002. **LIBERTAD SINDICAL:** la garantía de **INDEMNIDAD RETRIBUTIVA** supone el derecho de los liberados sindicales a la percepción de complementos de productividad, aunque normativamente se encuentre vinculados a un especial nivel de rendimiento en la prestación efectiva de servicios.
2. TRIBUNAL SUPREMO de 20 noviembre de 2006, Rec. 4176/2005. Cooperativa de trabajo asociado. La jurisdicción social es incompetente para entender de una reclamación sobre reembolso, con motivo de la baja de un socio, de las aportaciones realizadas a la cooperativa.
3. TRIBUNAL SUPREMO de 15 noviembre de 2006, Rec. 3331/2005. Plazo de prescripción de la acción de oficio para que se declare cesión ilegal de trabajadores. No es aplicable el art. 59 del Estatuto de los Trabajadores.
4. TRIBUNAL SUPREMO de 10 de noviembre de 2006, Rec. 4664/2005. Contrato para obra o servicio determinado celebrado por una fundación que recibía subvenciones con cargo a la Administración Pública. Aunque la duración del contrato se sometía a la duración del programa subvencionado, los servicios contratados constituían el objeto propio y permanente de la fundación, por lo que el cese acordado por finalización de contrato constituye despido improcedente.
5. TRIBUNAL SUPREMO de 26 de octubre de 2006, Rec. 4462/2005. Excedente voluntario: no tiene derecho a indemnización por la extinción de su contrato de trabajo quien se encuentra en excedencia voluntaria y es incluido entre los afectados por la extinción de un expediente de regulación de empleo.
6. TRIBUNAL SUPREMO de 24 de octubre de 2006, Rec. 1524/2005. Despido improcedente. El salario regulador de la indemnización debe computar el bonus por objetivos devengados en el año anterior al despido y percibido en el año del propio despido.
7. TRIBUNAL SUPREMO de 24 de octubre de 2006, Rec. 2154/2005. La indemnización por despido objetivo cuando están reducidos la jornada y el salario por guarda legal debe calcularse sobre el salario a tiempo completo. El hecho de que la empresa lo haya calculado con el salario reducido constituye error excusable y no convierte en nulo el despido.
8. TRIBUNAL SUPREMO de 24 de octubre de 2006, Rec. 4453/2004. Para el acceso o la determinación de la cuantía de la **JUBILACION ANTICIPADA**, se considera como cese involuntario la extinción del contrato en virtud de **EXPEDIENTE DE REGULACION DE EMPLEO**, aunque el trabajador se hubiera acogido voluntariamente al mismo.
9. TRIBUNAL SUPREMO de 11 de octubre de 2006 Rec. 3148/2004. Extinción del contrato por **CAUSAS OBJETIVAS** tras la **EXTERNALIZACIÓN** de actividades: La extinción no se justifica por la mera conveniencia empresarial en la realización de la externalización y constituye un **DESPIDO IMPROCEDENTE** si la empresa no acredita la concurrencia de una situación económica negativa, o problemas de gestión que justifiquen la externalización.
10. TRIBUNAL SUPREMO de 9 de octubre de 2006, Rec. 2377/2005. Cálculo de indemnización por despido improcedente en un supuesto de simultaneidad de contratos de trabajo y de agencia como mediador de seguros. Las comisiones percibidas no tienen carácter de retribución mercantil y se incluyen para el cálculo de la indemnización.
11. TRIBUNAL SUPREMO –Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 27 de septiembre de 2006, Rec. 269/2004. Derecho de **HUELGA** en servicios esenciales. El requisito de la **MOTIVACIÓN** de la Resolución Administrativa que impone un determinado porcentaje de **SERVICIOS MÍNIMOS**.
12. TRIBUNAL SUPREMO DE 19 de julio de 2006, Rec. 5471/2004. Extinción del contrato durante **INCAPACIDAD TEMPORAL** por enfermedad común. Responsabilidad de la **MUTUA PATRONAL** en el abono de la prestación.
13. TRIBUNAL SUPREMO de 5 de julio 2006, Rec. 1090/2005. **INCAPACIDAD TEMPORAL** posterior a un despido, que posteriormente es declarado **IMPROCEDENTE**.
14. TRIBUNAL SUPREMO de 4 de Julio de 2006, Rec. 1077/2005. **EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL**. El incumplimiento de los supuestos de utilización del contrato de puesta a disposición supone la existencia de una **CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES**. **RESPONSABILIDAD SOLIDARIA** de la empresa usuaria y la ETT.
15. TRIBUNAL SUPREMO de 31 de mayo de 2006, Rec. 1802/2005. **INDEMNIZACION** por **DESPIDO IMPROCEDENTE**: no se pueden descontar las canti-

## SENTENCIAS COMENTADAS



## EN ESTE NUMERO

dades que el trabajador pudiera haber recibido por la EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES declarados fraudulentos.

- 16. TRIBUNAL SUPREMO** de 17 de mayo de 2006, Rec. 4372/2004. EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: COMPATIBILIDAD de la indemnización establecida en el art. 50 ET de cuarenta cinco días de salario por año de servicio, con una INDEMNIZACIÓN ADICIONAL por la infracción de los derechos fundamentales.
- 17. TRIBUNAL SUPREMO JUSTICIA DEL PAÍS VASCO** de 7 de febrero de 2006. Rec. 2465/05. Relación entre convenios extraestatauros y estatutarios
- 18. TRIBUNAL SUPREMO JUSTICIA** del País Vasco de 21 de febrero de 2006. Rec. 2948/05. DISCRIMINACIÓN SALARIAL. Por razón de la fecha de ingreso en la empresa.
- 19. TRIBUNAL SUPREMO JUSTICIA** Castilla y León (Valladolid) de 19-6-2006. Rec. 1040/2006. Discriminación por razón de sexo



- 20. TRIBUNAL SUPREMO JUSTICIA** Cantabria de 10 de mayo de 2006. Rec. 320/05. Libertad de expresión. Convocatoria de huelga.



**1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 151/2006 de 22 de mayo, Rec. Amp. 1627/2002. LIBERTAD SINDICAL:** la garantía de INDEMNIDAD RETRIBUTIVA supone el derecho de los liberados sindicales a la percepción de complementos de productividad, aunque normativamente se encuentre vinculados a un especial nivel de rendimiento en la prestación efectiva de servicios.

El Tribunal Constitucional vuelve a analizar el alcance de la garantía de la indemnidad retributiva de los liberados sindicales en relación con un funcionario que con anterioridad a su jubilación se había encontrado liberado de la prestación de servicios por el desempeño de funciones sindicales, y que reclamaba el abono de un complemento de productividad que en Ley de Presupuestos Generales de la Administración de la que dependía se regulaba indicando que “retribuirá el especial rendimiento, la actividad y dedicación extraordinaria y el interés o iniciativa con que se desempeñen los puestos de trabajo, siempre que redunden en mejorar el resultado del mismo y que cada Consejería, teniendo en cuenta los criterios anteriores, fijará la cuantía individual del citado complemento”.

El Tribunal Constitucional recuerda su doctrina general en relación con este mismo tema y concluye indicando que la absoluta imposibilidad de percibir el complemento de productividad como liberado sindical no es compatible con la garantía constitucional de indemnidad que prohíbe el perjuicio económico del funcionario que se dedica íntegramente a la actividad sindical en relación con la retribución del funcionario que desempeña efectivamente su puesto de trabajo.

Es claro que tal imposibilidad puede provocar un efecto disuasorio de la dedicación al desarrollo de tareas sindicales dado que esta actuación determinará la imposibilidad de cumplir los requisitos a los que las normas reguladoras del complemento de productividad vinculan la obtención de este concepto retributivo. El funcionario que en el ámbito de sus decisiones vitales y, en concreto, profesionales otorgara un valor determinante a la percepción de ese complemento como medio de obtener una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y, en su caso, las de su familia, optaría por no dedicarse a la actividad sindical como liberado. Así pues, aquella imposibilidad de percibir el complemento litigioso como consecuencia de la condición de liberado sindical del demandante integra una vulneración de la garantía de indemnidad contenida en el derecho del art. 28.1 de la Constitución, dado que su retribución ha de ponerse en

conexión con la que «percibe el resto de los trabajadores que prestan servicios efectivos en las mismas dependencias» (STC 173/2001, de 26 de julio), de suerte que la negación del cobro del complemento en cuestión implica «un peor trato retributivo en perjuicio del demandante de amparo en relación con sus compañeros de trabajo» (STC 92/2005, de 18 de abril).



**2. TRIBUNAL SUPREMO de 20 noviembre de 2006, Rec. 4176/2005. Cooperativa de trabajo asociado. La jurisdicción social es incompetente para entender de una reclamación sobre reembolso, con motivo de la baja de un socio, de las aportaciones realizadas a la cooperativa.**

Se resuelve en este procedimiento cual haya de ser el órgano jurisdiccional competente para conocer de una reclamación formulada por un socio trabajador de una cooperativa, en la que pretende el reintegro o reembolso de las aportaciones realizadas a la entidad, una vez producida su baja en la cooperativa.

El socio trabajador había presentado la reclamación ante el Juzgado de lo Social que inicialmente admitió a trámite la demanda, interponiéndose recurso por la cooperativa y recayendo auto declarando la falta de competencia del orden social para conocer de la demanda. Frente al auto se formaliza recurso de suplicación que es desestimado y contra la sentencia del TSJ se formaliza recurso de casación unificadora.

El TS confirma el anterior criterio y mantiene la incompetencia de la jurisdicción social para conocer de este tipo de reclamaciones, señalando que la competencia está atribuida a la jurisdicción social para la resolución de cuantas cuestiones contenciosas se susciten entre la cooperativa de trabajo asociado y el socio trabajador relacionados con los derechos y obligaciones derivados de la prestación de trabajo o sus efectos, pero para las cuestiones que resulten ajenas a esa prestación de trabajo la jurisdicción competente es la civil en aplicación de lo establecido en el art. 87 de la Ley de Cooperativas.

Recuerda el TS que en aplicación de la anterior Ley de Cooperativas de 2 de abril de 1987 las cuestiones contenciosas que se suscitaban entre las cooperativas de trabajo asociado y el socio trabajador por su condición de tal, se sometían a la decisión de la jurisdicción social, estableciéndose expresamente que se hallaban comprendidas entre las cuestiones competenciales de los órganos de dicha jurisdicción las referidas “a los reembolsos y reintegros derivados del cese”. De acuerdo con dicho texto legal la Sala declaró la competencia del orden social para el conocimiento de las demandas que pretendían el reintegro de las aportaciones realizadas y así lo dijo en su sentencia de 29 de mayo de 1990. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 27/99, de 16 de julio, que es la ahora aplicable, habrá de entenderse que la jurisdicción social solo tiene competencia en los conflictos basados en la prestación de trabajo, mientras que las demás materias pasan a ser del conocimiento de la jurisdicción civil.



**3. TRIBUNAL SUPREMO de 15 noviembre de 2006, Rec. 3331/2005. Plazo de prescripción de la acción de oficio para que se declare cesión ilegal de trabajadores. No es aplicable el art. 59 del Estatuto de los Trabajadores.**

La autoridad laboral competente de la Comunidad Autónoma planteó demanda de oficio para que se declarara la existencia de una cesión ilegal de trabajadores entre dos empresas y como trámite previo a la prosecución de un expediente sancionador derivado de las actas de infracción levantadas a dichas empresas. En concreto el supuesto de hecho venía referido a una trabajadora que había sido contratada por una empresa para prestar servicios como limpiadora en otra, situación esta que la autoridad laboral entendía como constitutiva de una cesión ilegal de trabajadores.

El Juzgado de lo Social estimó la excepción de prescripción propuestas por las empresas demandadas y la Sala de lo Social del TSJ confirmó íntegramente la sentencia recurrida. Frente a esta última sentencia se plantea recurso de casación para unificación de doctrina que es estimado por el TS, manteniendo que no cabe aplicar a la acción ejercitada en los presentes autos el plazo de prescripción del art. 59 del Estatuto de los Trabajadores.

Mantiene el TS que en los casos de planteamiento de una acción por el procedimiento de oficio, con el fin de obtener una resolución judicial, de carácter previo, en el marco de un expediente administrativo sancionador, que declare si existe, o no, una cesión ilegal de trabajadores, no se puede afirmar que se esté ante una acción derivada del contrato de trabajo que no tenga señalado plazo especial de prescripción, por lo que no resulta de aplicación el art. 59 ET, máxime si se tiene en cuenta que quien ejercita la acción es la Autoridad Laboral, que no es parte en el contrato de trabajo sino un tercero respecto del mismo al que no cabe aplicar un plazo de prescripción que está previsto para la relación laboral y para las partes que la configuran, tesis esta que ya había sido mantenida anteriormente por el propio TS en su sentencia de 21 de octubre de 2004 (Rec. 4567/2003).




**4. TRIBUNAL SUPREMO de 10 de noviembre de 2006, Rec. 4664/2005. Contrato para obra o servicio determinado celebrado por una fundación que recibía subvenciones con cargo a la Administración Pública. Aunque la duración del contrato se sometía a la duración del programa subvencionado, los servicios contratados constituían el objeto propio y permanente de la fundación, por lo que el cese acordado por finalización de contrato constituye despido improcedente.**

Aun cuando la cuestión que se suscita en este recurso ha sido resuelta por la Sala en distintas ocasiones, viene siendo frecuente concertar contratos para obra o servicio determinado en los que la duración del contra-

to se vincula a una determinada subvención concedida por cualquier Administración, de forma que cuando finaliza la subvención se da por concluido el contrato, pese a que los trabajos realizados son normales y permanentes en la empresa o administración contratante. Inicialmente el TS en su sentencia de 19 de febrero de 2002 (Rec. 1151/2001), mantuvo que “hacer depender la duración de los contratos de trabajo necesarios para la prestación de estos servicios de la persistencia de la subvención necesaria para su funcionamiento, cuando esta subvención procede de un tercero y no de una mera consignación presupuestaria del propio empleador, no es apto que pueda considerarse abusivo, en fraude de ley o contrario a derecho y si, por el contrario, susceptible de ser encuadrado en el contrato por servicio determinado”. Esta doctrina ha sido matizada posteriormente y así en la sentencia de 10 de abril de 2002 (Rec. 2806/2001), con cita de la de 22 de marzo de 2002 (Rec. 1701/2001) aclara que la Sala “no ha elevado, en ningún caso, la existencia de una subvención a la categoría de elemento decisivo y concluyente, por sí mismo, de la validez del contrato causal”, precisando que “del carácter anual del plan, no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquel subvenciona, pues se trata de una concreción temporal que afecta exclusivamente a las subvenciones, no a los servicios básicos que las mismas financian” manteniendo asimismo que el apartado e) del art. 52 del ET al reconocer como causa objetiva la extinción del contrato de trabajo la pérdida o insuficiencia de consignación presupuestaria, o de los programas de financiación, está reconociendo que tal financiación en sí misma no puede ser causa de temporalidad de la relación.

Más adelante la sentencia de 25 de noviembre de 2002 (Rec. 1038/2002), estableció que “de la existencia de una subvención no se deriva que la contratación deba ser necesariamente temporal, como lo corrobora la Ley 12/2001, de 9 de junio, que ha introducido un nuevo apartado en el art. 52 del ET que autoriza la extinción del contrato por causas objetivas”, añadiendo que del carácter anual del plan o subvención de que se trate “no puede deducirse la temporalidad de la obra o servicio que aquel subvenciona”, por lo que lo determinante no va a ser la finalización de la subvención sino que la naturaleza de los servicios contratados y si estos constituyen el objeto propio y permanente de la actividad de la empresa, como es el supuesto enjuiciado, el cese llevado a cabo constituye despido improcedente, como han mantenido las sentencias de la propia Sala de 31 de marzo de 2002 (Rec. 1701/2001), 25 de noviembre de 2002 (Rec. 1038/2002) y 31 de mayo de 2004 (Rec. 3882/2003), entre otras, todas ellas citadas por la propia sentencia que ahora se comenta.




**5. TRIBUNAL SUPREMO de 26 de octubre de 2006, Rec. 4462/2005. Excedente voluntario: no tiene derecho a indemnización por la extinción de su contrato de trabajo quien se encuentra en excedencia voluntaria y es incluido entre los afectados por la extinción de un expediente de regulación de empleo.**

La cuestión que plantea el recurso de casación consiste en determinar si el trabajador, que se encontraba en situación de excedencia voluntaria prevista en el art. 46.2 ET, tiene derecho a percibir la indemnización por la extinción de su contrato de trabajo, fundado en causas económicas, cuando la misma ha sido autorizada en un expediente de regulación de empleo.

La sentencia que es objeto de recurso, dictada por la Sala del TSJ de Andalucía/Sevilla, había revocado la del Juzgado de instancia declarando que el trabajador tiene derecho a percibir la indemnización del art. 51.8 ET, en base al contenido de la propia resolución administrativa, firme y ejecutiva que autorizaba a la empresa para extinguir los contratos de trabajo. En efecto, en dicha resolución administrativa se autorizaba la extinción de los contratos de los trabajadores en excedencia voluntaria siempre que no hubieran superado el plazo temporal por el que se les concedió la excedencia, sin haber solicitado la reincorporación y existiera, por tanto, al menos un derecho expectante al reingreso. Partiendo de lo anterior, como el actor no había superado los dos años en situación de excedencia que como periodo mínimo establece el art. 46.2 ET, mantuvo la Sala de lo Social que en tales circunstancias procedía el reconocimiento de la indemnización, ya que tal supuesto era diferente del contemplado en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000 (Ar. 9676), dictada en Sala General, en la que ya se mantuvo que los trabajadores en excedencia voluntaria carecían del derecho a indemnización cuando permaneciendo en tal situación se extinguía su contrato de trabajo.

Pues bien, el TS en la sentencia que ahora anotamos de 26 de octubre de 2006 estima que no procede establecer diferenciación alguna y que con base a la doctrina unificada por el propio Tribunal procede, en cualquier caso, declarar que los trabajadores en excedencia voluntaria carecen del derecho a la indemnización por la extinción de su contrato, concluyendo que en estos casos es “el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente...”.

Este criterio también lo mantienen las recientes sentencias de 26 de octubre y 13 de noviembre de 2006, recursos 4462 y 4489/2005.



**6. TRIBUNAL SUPREMO de 24 de octubre de 2006, Rec. 1524/2005. Despido improcedente. El salario regulador de la indemnización debe computar el bonus por objetivos devengados en el año anterior al despido y percibido en el año del propio despido.**

Se analiza en esta sentencia si a efectos del módulo salarial a tener en cuenta para fijar el importe de la indemnización, en un supuesto de despido improcedente, puede incluirse o no un bonus devengado en el año 2002 y abonado en 2003.

Tanto la sentencia de instancia como la dictada por el TSJ habían incluido el bonus para el cálculo de la indemnización al no destruirse la presunción *iuris tantum* de tener carácter salarial cualquier cantidad que el trabajador percibe. Frente a este criterio recurre la empresa en casación unificadora invocando como contradictoria una sentencia del TSJ de Cataluña que analizando un supuesto análogo había rechazado la inclusión del bonus en cuestión, sobre la base de entender que lo percibido correspondía al año anterior al despido y que, en consecuencia, no podía ser computado a tal fin.

El TS rechaza el recurso y con cita de las sentencias del propio Tribunal de 17 de julio de 1990, 13 de mayo de 1991, 30 de mayo de 1993, 27 de septiembre de 1994 y 11 de mayo de 1995, mantiene que el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el del último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo concurrencia de circunstancias especiales, entre las que figuran las derivadas del percibo de un bonus, que por lo demás tiene carácter de naturaleza salarial, de un concepto que tiene periodicidad superior a la mensual y cuyo devengo se produce con anualidades vencidas y en función de los beneficios realizados en cada una de ellas, por lo que debe estarse para fijar la indemnización al importe de la totalidad de las retribuciones percibidas por el trabajador en el año en que se produce el despido, incluyendo, aunque su devengo fuese del año anterior, la cantidad percibida en concepto de bonus en el año en que opera el despido.



**7. TRIBUNAL SUPREMO de 24 de octubre de 2006, Rec. 2154/2005. La indemnización por despido objetivo cuando están reducidos la jornada y el salario por guarda legal debe calcularse sobre el salario a tiempo completo. El hecho de que la empresa lo haya calculado con el salario reducido constituye error excusable y no convierte en nulo el despido.**

La empresa demandada había comunicado a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art. 52.d) del ET, cuando se hallaba sujeta a jornada reducida por guarda legal. En el acto de entrega de la comunicación escrita de la extinción de la relación laboral la empresa puso a su disposición un cheque nominativo con el importe de la indemnización calculada sobre el salario percibido en jornada reducida, rehusando dicha cantidad la destinataria por considerar insuficiente la cantidad ofertada.

Formulada demanda por la trabajadora el Juzgado de lo Social desestimó la misma y declaró la improcedencia del despido y extinguida la relación laboral, absolviendo a la empresa de los pedimentos de la demanda salvo en lo referido a la indemnización legal por extinción de la relación de trabajo, ya que condenaba a la empresa a abonar la diferencia entre la indemnización puesta a disposición de la trabajadora en

la fecha del despido y la que procedía tomando como base de cálculo el salario correspondiente a la jornada completa. Formalizado recurso de suplicación la Sala de lo Social lo estima y con revocación de la sentencia de instancia declara la nulidad del despido por insuficiencia de la indemnización puesta a disposición de la trabajadora, condenando a la empresa a la readmisión con abono de los salarios de tramitación.

Es esta última sentencia la que se recurre por la empresa, centrándose el debate exclusivamente en precisar si el error de la empresa al calcular el importe de la indemnización es o no excusable, con la consecuencia de que si no se considera razonable dicho error el despido ha de ser declarado como nulo, mientras que si se estima que la falta de consignación es un mero error de cálculo razonable, la consecuencia debe ser mantener la procedencia del despido con condena exclusivamente al abono de la diferencia indemnizatoria.

La tesis que finalmente mantiene el TS es que en los supuestos de reducción de jornada no ha existido una línea jurisprudencial uniforme ya que, a título de ejemplo, en el campo de las prestaciones contributivas por desempleo la sentencia de 2 de noviembre de 2004, de Sala General, rompiendo con el criterio mantenido por la anterior sentencia de 6 de abril de 2004, se inclina por la base reguladora del cálculo de la prestación por desempleo por la que realmente se cotizaba en la fecha del despido y no por la base íntegra que correspondería de no existir reducción de jornada, lo que pone de manifiesto que el hecho de calcular la indemnización en función del salario realmente percibido constituye error excusable, y en consecuencia no procede la declaración de nulidad del despido, sin perjuicio del derecho de la trabajadora al percibo de la diferencia indemnizatoria.



**8. TRIBUNAL SUPREMO de 24 de octubre de 2006, Rec. 4453/2004. Para el acceso o la determinación de la cuantía de la JUBILACION ANTICIPADA, se considera como cese involuntario la extinción del contrato en virtud de EXPEDIENTE DE REGULACION DE EMPLEO, aunque el trabajador se hubiera acogido voluntariamente al mismo.**

El Tribunal Supremo venía considerando que la extinción del contrato tras el acogimiento del trabajador a un programa de prejubilaciones incorporado a un ERE era una extinción voluntaria, a efectos de jubilación anticipada; así, sus Sentencias de 30 de enero y 6 de febrero de 2006. Ello suponía la imposibilidad de que los mutualistas anteriores al 1 de enero de 1967, que posteriormente accedían a la jubilación anticipada ordinaria a los 60 años pudieran beneficiarse de bonificaciones en los coeficientes reductores aplicables, y respecto de los que no eran mutualistas anteriores al 1 de enero de 1967 se les impedía el acceso a la jubilación anticipada a partir de los 61 años, en cuanto esta modalidad de jubilación exige entre otros requisitos que la extinción del contrato de trabajo no fuera voluntaria para el trabajador.

El Tribunal Supremo modifica su doctrina anterior, y ahora considera que no puede calificarse como cese imputable a la libre voluntad del trabajador el de quienes voluntariamente se incluyen en un expediente de regulación de empleo acogiéndose al sistema de prejubilaciones contemplado en el mismo. Indica que el contrato se extingue por una causa económica, técnica, organizativa o productiva ajena a la voluntad del trabajador, que ha sido constatada por la Administración que ha autorizado las extinciones de las relaciones laborales. La opción por la prejubilación únicamente supone la voluntariedad en la concreción de los trabajadores afectados por la causa del cese. Por ello, concluye reseñando que “puede haber voluntariedad en la fase de selección de los afectados, pero no la hay en la causa determinante del cese. Si el actor no hubiese aceptado la prejubilación, el mismo u otro trabajador hubiera tenido que cesar para completar el número de extinciones autorizadas”, resultando irrelevante que la inclusión voluntaria en el expediente de regulación de empleo sea anterior o posterior al acto administrativo que autoriza el despido colectivo.

Además, matiza las diferencias respecto a los casos donde el programa de prejubilaciones no figura en un expediente de regulación de empleo, donde sí puede entenderse que los ceses se producen de mutuo acuerdo entre la empresa y los trabajadores afectados. Este nuevo criterio también se aplica en las sentencias posteriores de 25 de octubre de 2006 (Rec. 2318/2005, de Pleno) y en la de 28 de noviembre de 2006 (Rec. 3258/2005).



**9. TRIBUNAL SUPREMO de 11 de octubre de 2006 Rec. 3148/2004. Extinción del contrato por CAUSAS OBJETIVAS tras la EXTERNALIZACIÓN de actividades: La extinción no se justifica por la mera conveniencia empresarial en la realización de la externalización y constituye un DESPIDO IMPROCEDENTE si la empresa no acredita la concurrencia de una situación económica negativa, o problemas de gestión que justifiquen la externalización.**

En este caso, desde la Dirección de una empresa multinacional se había adoptado la decisión de proceder, a nivel europeo, a la externalización mediante contratos de una determinada área de gestión. La filial española asume tal directriz, y de forma inmediata comunica a las trabajadoras que prestaban servicios en el área externalizada la extinción de sus contratos de trabajo por las causas organizativas y productivas del art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

En el proceso de entablado por estas trabajadoras, el Tribunal Supremo tiene que analizar hasta qué punto se encuentra justificada la extinción de contratos por las causas objetivas del art. 52.c) ante la mera invocación por la empleadora de su decisión de proceder a la formalización de una contrata con una empresa

externa que cubra el servicio que anteriormente gestionaba directamente, con personal propio. El Tribunal Supremo menciona sus anteriores sentencias de 3 y 4 de octubre de 2000 (Recs. 621/2000 y 4098/1999), 30 de septiembre 1998 Rec. 4489/1997 y 21 de marzo de 1997, donde indicaba que sólo si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisorio que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial. Por ello, la exigencia de actualización y acreditación de dificultades, problemas de gestión o pérdidas de eficiencia que con carácter general se exigen para la justificación de las extinciones por causas técnicas, organizativas o de producción, se mantiene en los supuestos de amortización de puestos por subcontratación externalización de actividades productivas o comerciales.

El Tribunal declara la existencia de un despido improcedente, porque la empresa no ha puesto de manifiesto ni ha acreditado una situación económica negativa o dificultades que justifiquen la externalización, sin que tales requisitos hayan de rebajarse por la circunstancia de que dicha medida se hubiera adoptado, en el caso, a nivel europeo.




**10. TRIBUNAL SUPREMO de 9 de octubre de 2006, Rec. 2377/2005. Cálculo de indemnización por despido improcedente en un supuesto de simultaneidad de contratos de trabajo y de agencia como mediador de seguros. Las comisiones percibidas no tienen carácter de retribución mercantil y se incluyen para el cálculo de la indemnización.**

Viene siendo frecuente en el sector de seguros que los trabajadores que prestan servicios para este tipo de empresas suscriban, junto al contrato de trabajo, un contrato de agencia por el que perciben las comisiones correspondientes a la producción de seguros en favor de su empresa, contrato este último que tiene carácter mercantil de conformidad con lo establecido en la Ley Reguladora en la Mediación de Seguros Privados. En algunos supuestos, como es el caso analizado por la sentencia del TS, en el propio contrato de trabajo se pacta que el actor pueda producir seguros a favor de la compañía y que la cantidad que por ello perciba tiene el carácter de comisiones mercantiles, cuyo devengo no altera el contrato de trabajo.

Ahora bien, en aquellos casos en los que se acredita que los trabajadores no desempeñaron actividad de seguros de manera personal y directa, careciendo de cartera de clientes y llevando a cabo su actividad con sujeción a los criterios establecidos por la compañía, que debía dar su conformidad a la captación de nuevos agentes, realizando su jornada laboral íntegra en las instalaciones de la empresa, tal situación es

propia de un contrato de trabajo, de manera que aun cuando formalmente exista una doble contratación laboral y mercantil, la totalidad de las retribuciones percibidas, incluidas las comisiones, corresponden a la actividad laboral, y en consecuencia habrá de entender que tales comisiones se integran en la modalidad salarial de salario a comisión establecido en el art. 29.2 ET.

Conviene señalar en cualquier caso que la doctrina mantenida en esta sentencia no contradice el criterio sustentado por la Sala en anteriores pronunciamientos, como por ejemplo la sentencia de 23 de marzo de 2004 (Rec. 3896/2002), en los que se reitera que el contrato de agencia de seguros tendrá siempre el carácter mercantil tal y como dispone el art. 7 de la Ley 9/92, de 30 de abril, por cuanto que la exclusión de laboralidad opera exclusivamente cuando se realiza la actividad de mediación entre los tomadores del seguro y las entidades aseguradoras, que es el ámbito propio del contrato de agencia, pero cuando sucede, como es el caso enjuiciado que el trabajador no realiza directamente esas funciones de mediación, habrá de entenderse que cualquier cantidad que perciba de la empresa tiene naturaleza salarial y en consecuencia ha de ser incluido para el cálculo de la indemnización por despido que en su caso proceda.




**11. TRIBUNAL SUPREMO –Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 27 de septiembre de 2006, Rec. 269/2004. Derecho de HUELGA en servicios esenciales. El requisito de la MOTIVACIÓN de la Resolución Administrativa que impone un determinado porcentaje de SERVICIOS MÍNIMOS.**

En la sentencia se cuestionaba la legalidad del Real Decreto 524/2002, de 14 de junio, (publicado en el BOE de 15 de junio de 2002, núm. 143), por el que se garantizaba la prestación de servicios esenciales en el ámbito de la seguridad privada en situaciones de huelga, así como Resolución del Secretario de Estado de Seguridad por la que se determinó el porcentaje del personal de seguridad privada adscrito a los servicios declarados esenciales durante el desarrollo de la huelga general convocada para el día 14 de junio de 2002.

El Tribunal Supremo declara la nulidad de determinados apartados de la Resolución impugnada, que fijaba determinados servicios mínimos, por considerar que no se encontraban adecuadamente motivados. Al efecto, consideró que la motivación aportada por la autoridad gubernativa han de incluirse los factores o criterios cuya ponderación han conducido a determinar las prestaciones mínimas establecidas, sin que sean suficientes «indicaciones genéricas, aplicables a cualquier conflicto», de las que no es posible deducir cuáles son los elementos valorados por aquella autoridad para «tomar la decisión restrictiva en la forma y con el alcance con que lo ha hecho». En definitiva, han de hacerse explícitos, siquiera sea sucintamente «los criterios seguidos para fijar el nivel de tales servicios, de forma que por los

Tribunales, en su caso, y en su momento, se pueda fiscalizar la adecuación de las medidas adoptadas» [SSTC 26/1981, de 17 de julio; 51/1986, de 24 de abril, de 5 de mayo, 27/89, de 3 de febrero, 43/1990, de 15 de marzo, 8/1992, de 16 de enero].

En definitiva, la decisión de la autoridad gubernativa ha de exteriorizar los motivos que le llevan a apreciar la esencialidad del servicio, las características de la huelga convocada, los intereses que pueden quedar afectados y los trabajos que no pueden sufrir interrupción o cuya prestación debe mantenerse en algún grado, siendo insuficientes a este propósito las indicaciones genéricas que pueden predicarse de cualquier conflicto o de cualquier actividad, y de las cuales no quepa inferir criterio para enjuiciar la ordenación y proporcionalidad de la restricción que al ejercicio del derecho de huelga se impone [SSTC 51/1986, de 24 de abril, 53/1986, de 5 de mayo, 27/1989, de 3 de febrero, 43/1990, de 15 de marzo, F. 5 f); 8/1992, de 16 de enero]».




**12. TRIBUNAL SUPREMO DE 19 de julio de 2006, Rec. 5471/2004. Extinción del contrato durante INCAPACIDAD TEMPORAL por enfermedad común. Responsabilidad de la MUTUA PATRONAL en el abono de la prestación.**

Se planteaba si con arreglo a la legislación vigente, las prestaciones por IT derivada de enfermedad común han de seguir siendo abonadas por la Mutua con la que la empresa tenía concertada la cobertura de aquellas cuando se inició tal situación o si por el contrario ha de asumirlas el INSS, en los casos y desde el momento en que se ha extinguido la relación laboral entre trabajador y empresa.

El Tribunal Supremo declara la responsabilidad de la Mutua en el abono de la prestación, para lo que trae a colación la doctrina establecida en otra de la misma Sala de 12 de julio de 2006 (Rec. 1493/05), y considera extrapolable a este caso la solución otorgada respecto a la responsabilidad de la empresa colaboradora en la gestión de la IT en el abono de dicha prestación, cuando el contrato se extingue permaneciendo el trabajador en tal situación. La responsabilidad del pago de la prestación no depende del mantenimiento de la relación de cotización hacia el futuro, sino de la vigencia de ese aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante. No se paga la prestación porque continúe la obligación de cotizar en beneficio de la entidad aseguradora, sino porque en su día se percibieron esas cotizaciones con anterioridad a la actualización del riesgo. Y, desde luego, es contrario a la lógica del aseguramiento y a los criterios de equidad imputar al Instituto Nacional de la Seguridad Social la responsabilidad de un gasto por el que no ha percibido las contraprestaciones legalmente previstas.

En definitiva, la entidad que asumía el pago de la prestación por Incapacidad Temporal debe seguir abonando el subsidio, pese a haberse extinguido la relación laboral después de haber comenzado la situación protegida, reforzando esta tesis el que cuan-

do el trabajador en incapacidad temporal extingue la relación laboral con la empresa y continúa recibiendo el subsidio correspondiente a esta contingencia, la Ley no exige al beneficiario que curse una nueva solicitud de pago de la prestación, porque no se trata de un nuevo reconocimiento del derecho, sino de una continuación del mismo.




**13. TRIBUNAL SUPREMO de 5 de julio 2006, Rec. 1090/2005. INCAPACIDAD TEMPORAL posterior a un despido, que posteriormente es declarado IMPROCEDENTE.**

Ahora se cuestiona quien debe ser responsable, si el empresario o el INSS, del subsidio de Incapacidad Temporal iniciado por un trabajador en momento posterior al día de su despido, aunque después, al reconocerse judicialmente la improcedencia del despido y optarse por la indemnización la empresa volvió a dar de alta nuevamente al trabajador por ese tiempo y cotizó por él durante ese tiempo en que se percibieron salarios de tramitación.

El Tribunal Supremo indica que la cuestión gira en torno al art. 126 LGSS, e indica que la cuestión fue resuelta por su Sentencia de 22 de julio de 2004 Rec. 4037/2003. Reseña que, pese a la baja formal del trabajador en Seguridad Social que debe producirse el mismo día del despido, persiste un alta condicional y en estado latente que solo recobra todo su vigor si la resolución judicial declara el despido improcedente o nulo; pero no si es declarado procedente, pues entonces la baja formal del día del despido queda realmente confirmada.

En conclusión, si el trabajador inicia una IT después del despido, si éste se declara finalmente improcedente en vía judicial, debe ser considerado realmente en alta en Seguridad Social, pese a la baja formal que dio la empresa; y consecuentemente será el INSS quien deba responder directamente del pago del subsidio con exoneración de la patronal. Así lo ha establecido esta Sala en sus sentencias de 17-1-95 Rec. 905/94 y 24-6-96 Rec. 2793/95. Porque “la decisión extintiva del empresario ejercitada mediante despido le autoriza a dar de baja al trabajador en la Seguridad Social, sin perjuicio de las consecuencias que puedan producirse con eficacia retroactiva en caso de declaración de nulidad o improcedencia del despido respecto de los salarios dejados de percibir y de las cotizaciones que por los mismos han de ingresarse en la Seguridad Social (...). Esto significa que la Seguridad Social debe abonar el subsidio de IT durante tal período y percibir del empresario las cotizaciones correspondientes a todos los salarios de tramitación”».




**14. TRIBUNAL SUPREMO de 4 de Julio de 2006, Rec. 1077/2005. EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. El incumplimiento de los supuestos de utilización del contrato de puesta a disposición supone la existencia de una CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA de la empresa usuaria y la ETT.**

Se han planteado ante los Tribunales en diversas ocasiones las consecuencias derivadas de la utilización fraudulenta de los contratos de puesta a disposición por Empresas de Trabajo Temporal, y en concreto, si en tal situación debían de aplicarse las consecuencias fijadas en el art. 43 ET para la cesión ilícita de trabajadores, con el derecho del trabajador cedido por la ETT a adquirir la condición de fijo en cualquiera de las dos empresas, o si por el contrario, las consecuencias jurídicas para la empresa usuaria se limitaban exclusivamente a su responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones salariales y de Seguridad Social que la ETT mantuviera con el trabajador, pero descartando toda responsabilidad de la usuaria en el abono de la indemnización por despido del trabajador.

Para el Tribunal Supremo, en los supuestos de utilización fraudulenta del contrato de puesta a disposición se habrán de aplicar las consecuencias del art. 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, de forma que la Empresa de Trabajo Temporal y la empresa usuaria serán responsables solidarias frente al despido del trabajador cedido, por lo que ambas deben de responder del pago de la indemnización por despido, al margen de la responsabilidad solidaria de la usuaria que también existirá sobre las obligaciones salariales y de Seguridad Social.

Además, y por lo que se refiere a la antigüedad computable a los efectos de calcular la indemnización, indica el Tribunal Supremo que ha de mantenerse la antigüedad de la inicial prestación de servicios.



**15. TRIBUNAL SUPREMO de 31 de mayo de 2006, Rec. 1802/2005. IND-EMNIZACION por DESPIDO IMPROCEDENTE: no se pueden descontar las cantidades que el trabajador pudiera haber recibido por la EXTINCION DE LOS CONTRATOS TEMPORALES declarados fraudulentos.**

En este caso, se planteaba si el importe de la indemnización por despido improcedente a la que había sido condenada una empresa podía entenderse compensada con las cantidades abonadas al trabajador como indemnización por cese, a la finalización de los contratos temporales ininterrumpidos, que se habían considerado fraudulentos.

El Tribunal Supremo niega la posibilidad de tal compensación. De conformidad con el art. 1.196 del Código Civil, para dos deudas sean compensables, es preciso que las dos estén vencidas, que sean líquidas y exigibles. Pues bien, las cantidades que se pretende compensen parte del importe de la indemnización por despido fueron satisfechas en su momento por el empleador como uno de los elementos integrantes de una serie de operaciones que, en su conjunto, se han calificado como contrataciones en fraude de Ley, y por ello, no generaron una deuda del trabajador a la empresa, e, inexistente la deuda, obviamente no procede compensación alguna.



**16. TRIBUNAL SUPREMO** de 17 de mayo de 2006, Rec. 4372/2004. **EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: COMPATIBILIDAD** de la indemnización establecida en el art. 50 ET de cuarenta cinco días de salario por año de servicio, con una **INDEMNIZACIÓN ADICIONAL** por la infracción de los derechos fundamentales.

En el proceso, un trabajador había solicitado la extinción de su contrato de trabajo al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores denunciando ser objeto de acoso moral. Además de la indemnización legal que para estas extinciones se contempla en el art. 50 del Estatuto, de cuarenta cinco días de salario por año de servicio, también reclamaba el abono de otra indemnización adicional en concepto de daños y perjuicios por la vulneración de sus derechos fundamentales.

Se trata una cuestión polémica, ya que el mismo Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de marzo de 2004 dictada en Sala General negó tal compatibilidad en un proceso que también era de extinción del contrato a instancia del trabajador del art. 50 del Estatuto por incumplimientos empresariales. Sin embargo, ahora acepta la compatibilidad de las dos indemnizaciones justificando que, en realidad, no se modifica el anterior criterio jurisprudencial recogido en la citada sentencia ya que, en la misma, se enjuició una situación de extinción contractual respecto de la que, además, de la indemnización tasada, prevista en el Estatuto de los Trabajadores, se postulaba otra indemnización con base en el artículo 1101 del Código Civil, sin que, en cambio, se solicitase, expresamente, la protección judicial por violación de un derecho fundamental.

Para el Tribunal Supremo, la clara dicción del artículo 182 de la Ley de Procedimiento Laboral y su interpretación sistemática no permiten establecer que la única indemnización posible, en los casos de extinción contractual con violación derecho fundamental, sea la establecida en el artículo 50-2, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores, pues, una cosa es que la tramitación procesal a seguir, con carácter inexcusable, sea la de la extinción contractual y, otra muy distinta, es que se indemnicen, separadamente, los dos intereses jurídicos protegibles, como, así, se infiere de lo establecido en el artículo 180.1 del texto procesal laboral mencionado.

En definitiva, han de valorarse, con separación los daños y perjuicios derivados de la extinción del contrato de trabajo y aquellos otros inherentes a la lesión del derecho fundamental del trabajador que se concretan en el padecimiento psíquico derivado del comportamiento empresarial que genera la extinción contractual. No es lo mismo la extinción contractual de un trabajador que permanece en situación de sanidad física y mental, de aquella otra en la que, el mismo, queda aquejado de un trastorno psíquico a causa de la conducta empresarial determinante de la extinción contractual operada conforme al art. 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.



**17. TSJ DEL PAÍS VASCO** de 7 de febrero de 2006. Rec. 2465/05. **Relación entre convenios extraestatutarios y estatutarios**

El derecho a la negociación colectiva consagrado en la CE (art. 37.1) no se agota en los convenios estatutarios sino que abarca otros pactos de naturaleza extraestatutaria y efectos limitados que celebrados al amparo de la normativa común no precisan para su validez la concurrencia de las personalidades y legitimaciones a que se refiere el estatuto de los trabajadores, sino que únicamente exigen para su válida negociación requisitos ajenos y distintos a los habidos en los convenios de eficacia general. Por ello se denominan a los convenios colectivos extraestatutarios como negociados fuera de los cauces establecidos en el ET. Con todo sólo el convenio colectivo estatutario tiene eficacia normativa (STC 177/88) si bien hay ciertas resoluciones judiciales que parecen admitir implícitamente el mismo valor jurídico para ambos tipos de convenios (STC 58/85 y 108/89). Para el TSJ el convenio extraestatutario tendrá un valor meramente contractual sin que por otro lado sea una concesión unilateral de la empresa puesto que se constituyen en obligatorios y libremente asumidos devienen eficaces sin que quepa la separación empresarial unilateral.

De modo y manera que los convenios extraestatutarios son plenamente válidos y tienen fuerza vinculante si bien su eficacia es limitada (SSTS 22-10-93 y 14-12-96), por ello su eficacia se limita a quienes intervienen en la negociación, sindicatos firmantes y afiliados (SSTS 14-12-1994 y 9-2-95). También es cierto que la negociación extraestatutaria no puede recoger cláusulas que por naturaleza tengan proyección general ni cabe hablar de una transformación de un convenio de eficacia limitada en otro de eficacia general por adhesión unilateral a aquél de los sujetos colectivos que pudiendo haber intervenido desde el principio le hubieran atribuido con ello una eficacia general pues solamente puede conseguirse ese propósito reabriendo la negociación (SSTS de 9-3-94 y de 3-2-98). Sin embargo, todo hay que decirlo, a la eficacia de un convenio colectivo extraestatutario no se opone el convenio estatutario posterior que debe dejar a salvo derechos adquiridos de carácter general (STSJ Extremadura de 13-6-96. Cuestión bien distinta son los problemas de concurrencia habidos entre el convenio estatutario y el convenio extraestatutario (art. 84) pues como sabemos un convenio colectivo durante su vigencia no puede ser alterado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario (matiz que recoge la STS de 30-6-98) pero cuando concurren un convenio colectivo estatutario y otro extraestatutario o contractual la solución a su controversia no se resuelve por el sistema de la norma más favorable (párrafo 3º, art. 3 del E) sino que puede la condición más beneficiosa (párrafo 1.c) del art. 3 del E), puesto que no estamos ante un concurso de normas sino un concurso entre norma y contrato donde el segundo se encuentra supeditado a la primera hasta el

punto de no poder establecerse en él condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y a los convenios colectivos generales (S TSJ Valencia de 20-2-96).

Llegados a este punto no cabe sino afirmar que el convenio extraestatutario no debe contradecir ni prevalecer sobre las cláusulas de un convenio estatutario de eficacia general, tampoco por ello puede aplicarse y surtir efecto fuera de las partes contratantes. Sin embargo el convenio colectivo estatutario prevalece como norma y sus controversias se resuelven con las reglas de concurrencia detalladas con anterioridad. Y ello hace que no se observe obstáculo legal para que el sindicato pueda en virtud del convenio colectivo de eficacia general o estatutario nombrar liberado en general.

Pero del mismo modo no existe obstáculo legal ni jurídico que impida al sindicato el nombramiento de afiliado trabajador cuando éste no se encuentre adherido al convenio estatutario por pertenecer indirectamente al extraestatutario. Resulta evidente que en el ámbito personal de aplicación regulado en el art. 82.3 del ET se viene a obligar tanto a empresarios como a trabajadores incluidos en su ámbito temporal de vigencia con fuerza vinculante que supone emitir conexiones, desconexiones o exclusiones cuando así expresamente se prevea mediante premisas de representación, legitimación y acuerdo, pudiendo mediante pactos voluntariamente suscritos mejorar las condiciones de trabajo respecto de una regulación establecida en convenio (sentencia TC 74/96), donde el juego de la técnica de la mezcla o espiguelo que recuerdan nuestros Tribunales, consistente en seleccionar condiciones más favorables de dos o más convenios o pactos aplicables en una concreta relación laboral, supone la comparación global de las normas y su selección por aplicación íntegra de condiciones laborales, ya fuesen superiores o inferiores dependiendo de una norma convencional objeto de contraste y salvando siempre la vinculatoriedad de los mínimos del derecho necesarios que no pueden ser compensados (STSJ Murcia de 2-9-96). En nuestra materia propia respecto, normalmente, a supuestos referidos a condiciones económicas, donde la discusión de la interpretación realizada supone atender a afectación de tablas salariales que recogen los distintos convenios sin perjuicio de la estructura general de aplicación subsidiaria. Por ello se trata de no permitir seleccionar normas más favorables en detrimento de la generalidad de la aplicación retributiva única, escogiendo de forma puntual y circunstanciada las que individualmente son más favorables con un criterio subjetivo e interesado que viene prohibido por el principio de norma única que se inaplicaría llevando a cabo cualquier tipo de muestreo y haciendo imposible la fuerza vinculante del negociado.

Sin embargo el Tribunal entiende que en el presente supuesto no estamos ante esa técnica de mezcla o espiguelo sino ante la conformación de un dictado de regla general y de aplicación global del convenio colectivo estatutario que no puede verse perjudicado en su fuerza vinculante en atención a las reglas ya reseñadas de su concurrencia y que insistimos no se

resuelve por el sistema de norma más favorable, sino por el de condición más beneficiosa, que hace que cualquier regla, o exigencia menos favorable o contraria a la disposición legal o al convenio colectivo, no pueda aplicarse. De ahí que no pueda obligarse al no nombramiento del trabajador liberado por su condición de adhesión al extraestatutario, máxime cuando se tiene en cobertura global y general el convenio colectivo estatutario que sí prevé la liberación aquí discutida.



**18. TSJ del País Vasco de 21 de febrero de 2006. Rec. 2948/05. DISCRIMINACIÓN SALARIAL. Por razón de la fecha de ingreso en la empresa.**

Suele ser lugar común en esta materia señalar la diferencia mediante entre el principio de igualdad y el de no discriminación previstos en el art. 14 CE y así lo hacen las STS 7-7 y 20-6-05 y 3-10 y 17-5-00. La de 3-10-00 sintetiza tales diferenciaciones señalando:

A) Cuando se identifican igualdad y no discriminación “se están confundiendo dos principios constitucionales, que, aunque relacionados, presentan diferencias significativas, como ha establecido con reiteración la doctrina constitucional y la de esta Sala. En este sentido las SSTs de 17-10-90 y 23-9-93 señalan que el art.º 14 CE comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado”.

B) “No toda diferencia de trato irrazonable o no justificada constituye una discriminación en el sentido que este término tiene en los artículos 14 CE y 4.2 c) y 17.1 ET. La discriminación consiste, como ya se ha anticipado, en utilizar un factor de diferenciación que merece especial rechazo por el ordenamiento y provoca una reacción más amplia, porque para establecer la diferencia de trato se toman en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas o que se excluyen como elementos de diferenciación para asegurar la plena eficacia de los valores constitucionales en que se funda la convivencia en una sociedad democrática y pluralista”.

C) “El carácter temporal de la relación laboral -que era la circunstancia contemplada por la sentencia que reseñamos, pero igual puede predicarse de la fecha de ingreso en la empresa que es la que utiliza el Convenio impugnado- podrá ser un factor que no justifique un tratamiento diferente en la fijación de determinadas condiciones de trabajo, pero no constituye un factor de discriminación en el sentido precisado, pues no se encuentra enumerado en la relación del art. 14 de la CE -nacimiento, sexo, raza, convicciones ide-

ológicas y religión-, ni en las ampliaciones de los arts. 4.1 c) y 17.1 ET -estado civil, edad, condición social, afiliación sindical, lengua, parentesco y minusvalías- y tampoco puede incluirse en la referencia final del último inciso del art. 14 CE -"cualquier otra condición o circunstancia personal o social"-, porque, pese a su aparente amplitud, ha de entenderse referida a condiciones que guarden analogía con las específicamente enumeradas en el art. 14 CE y es claro que esta analogía no concurre en este caso".

Estas mismas sentencias y otras muchas (20-4-05 y 19-10-03) señalan como en estos casos no se puede hablar de infracción del principio de no discriminación, pues la condición de personal de nuevo ingreso no es por sí bastante para considerar que es una condición de las incluidas en este último inciso del art. 14 bajo la expresión "cualquier otra condición o circunstancia personal o social", de suerte que la problemática se desplaza al ámbito del principio de igualdad, debiendo de examinarse si se da o no una infracción de tal principio.

La sentencia de 3-10-00, nos señala los criterios jurisprudenciales sentados en relación con el principio de igualdad en materia retributiva, recopilando de esta forma los mismos: "El TC en sentencia 2/1998 de 12-1 recuerda, en lo que aquí interesa, que:

A) "El art. 14 de la CE no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad".

B) "El Convenio Colectivo, aunque ha de respetar ciertamente las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el Convenio Colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988, 171/1989, 28/1992, entre otras)".

A esos dos rasgos esenciales que el TC destaca en la sentencia citada y que han sido asumidos por el TS en múltiples sentencias (entre otras, las de 16-2-87, 31-7 y 27-11-91, 28-1 y 14-10-93, 11-10-94, 22-1-96, 22-7-97, 2-10-98 y 17-5-00), cabe añadir los siguientes, igualmente recogidos por esta Sala (sentencias de 22-1-96, 18-12-97 y 6-700): 1º) La desigualdad con relevancia constitucional viene determinada por la introducción de diferencias carentes de una justificación objetiva y razonable entre situaciones que pueden considerarse iguales. 2º) El Convenio Colectivo, aunque surgido de la autonomía colectiva, tiene en

nuestro ordenamiento valor normativo y eficacia general, de forma que se inserta en el sistema de fuentes y en este sentido es equivalente a un instrumento público de regulación. De ahí que las diferencias de trato en las condiciones de trabajo establecidas en Convenio Colectivo hayan de ser razonables, de acuerdo con los valores e intereses que deben tenerse en cuenta en este ámbito de la vida social. 3º) No es contraria por tanto a dicho principio, la regulación diferente en Convenio Colectivo de condiciones de trabajo si va referida a distintas actividades y responde a las peculiaridades de cada una de ellas y las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción son adecuadas y proporcionadas. 4º) Establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente a tal fin cual es la fecha de contratación rompiendo el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores quiebra el principio de igualdad, si no existe una justificación suficiente que de razón de esta desigualdad.

Vemos, pues, que tal doctrina considera que la diferencia de retribución, fijada en convenio colectivo, en base exclusivamente a la fecha de contratación de los distintos trabajadores quiebra tal principio de igualdad.

Mas modernamente nos recuerda tal postulado las sentencias de 20-6 y 20-4-05.

De otro lado, hemos de remarcar que, en este caso, tratamos de un complemento retributivo fijado en convenio colectivo y no de una práctica empresarial, como los casos resueltos por las sentencias del TS de 7-7-05 y 23-9-03, por tanto, norma regulada por pacto que es norma y que ha de respetar aquel mínimo indeclinable que la jurisprudencia señala, a diferencia de lo que es la pura práctica privada, donde el principio de igualdad juega con menor intensidad.

Entendemos que, precisamente, el complemento en cuestión hace depender la percepción del mismo exclusivamente de que haya cinco años o no de permanencia en la empresa exclusivamente y este dato lo diferencia de otros casos en que el TS, en base a la existencia de otras diferencias (como la diferencia de categoría profesional de los trabajadores) no ha apreciado infracción del principio de igualdad, como el caso de la sentencia ya aludida de 20-6-05.


Este caso, por el contrario, entendemos que es bien parecido a los resueltos en las STS de 20-4-05 y 3-10-00, pues aquí, como allí, se trata de estudiar una partida retributiva fijada en convenio colectivo en la que la única distinción entre trabajadores para fijar el devengo es el hecho de la fecha de incorporación a la empresa, causa torpe para diferenciar, si nos atenemos al principio de igualdad constitucional.

El hecho de que se haya regulado similar cláusula en otros convenios no enerva lo anterior, ni obligaba a los negociadores a mantenerla, pues si se pretendían mantener los derechos derivados de los convenios anteriores, bastaba con fijar una condición mas beneficiosa para los anteriormente afectados, suprimiendo la distinción en el nuevo convenio, como hace ver que cabe hacer la indicada sentencia de 2-4-05 o la de 7 de julio del mismo año .

Tampoco se alega circunstancia de previa crisis empresarial o similar que, en otros casos, ha servido

para considerar que hay justificación razonable a aquella diferencia por fechas de contrato, en atención a los sacrificios que en tal época deficitaria los trabajadores mas veteranos tuvieron que soportar. Además, el carácter fijo del requisito de los cinco años de permanencia, convenio tras convenio y año tras año es dato contradictorio con tal tipo de alegación.

Por otra parte, si se considera que la retribución se da por los resultados empresariales, dada la denominación y la forma de cálculo de la percepción, forzoso es reconocer que a ese resultado contribuyen no sólo los que tienen una permanencia en la empresa igual o superior a cinco años, sino los que han trabajado en el ejercicio económico de referencia, bien en todo el o en parte del mismo, bien pudiendo ser que, en realidad, como señala la empresa recurrente, la cláusula en cuestión ha respondido a una forma de solucionar la tensión entre el banco social, que pretendía fijar un complemento de antigüedad y el empresarial, que pretendía evitarlo, dada la desregulación de la materia, producto de la reforma laboral del año 1994, en base a esta fórmula que también pretende incentivar la mejora en los resultados de la explotación.



**19. TSJ Castilla y León (Valladolid) de 19-6-2006. Rec. 1040/2006. Discriminación por razón de sexo**

Lo que se plantea en primer lugar es si resulta contrario a la interdicción constitucional de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) la diferencia salarial existente entre dos trabajadores masculinos y la trabajadora actora, aseverándose por la recurrente que las diferencias salariales establecidas dimanaban de la suscripción de distintos contratos individuales fundados en la autonomía negocial de las partes. La cuestión, sin embargo, ha sido correctamente resuelta en la sentencia de instancia, puesto que aunque las condiciones contractuales que dimanaban de diversos contratos pueden justificar diferencias de trato en las empresas privadas, no pueden sin embargo imponerse frente a derechos y valores constitucionales, de manera que dichas diferencias de trato no pueden estar basadas en motivos de naturaleza discriminatoria de los contemplados en el art. 14 de la CE, así como en los arts. 4.2.c y 17.1 ET. Esta conclusión es obvia, siendo indiscutible que si partimos del hecho de que la diferencia de trato contractual entre distintos trabajadores se basa en alguna de aquellas causas (en este caso el género de los trabajadores), se impone sin más la nulidad de las conductas discriminatorias y su reparación, tal y como se ha acordado en la sentencia de instancia.


La cuestión estriba entonces en determinar si en este caso la diferencia entre las condiciones laborales de la actora con respecto a los dos trabajadores que operan como término de comparación deriva de una causa discriminatoria como es el género. Para establecer esta conclusión ha de partirse de lo dispuesto en el art. 96 de la LPL, donde se nos dice que en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora

se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Esta prescripción se reitera para el proceso especial de tutela de derechos fundamentales y en relación con la libertad sindical en el art. 180.2 LPL.

Lo que ha de resolverse entonces es si en el caso presente existen indicios fundados de discriminación por razón de sexo que obliguen a la empresa a aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la diferencia salarial. En segundo lugar habrá de determinarse si dicha justificación está suficientemente probada y es suficiente, proporcionada y razonable.

Pues bien, resultando de los hechos probados que la actora presta idénticos servicios que sus dos compañeros de trabajo, realizando idénticas funciones, sin que aparezca ningún elemento diferencial en cuanto al contenido de la prestación u otras circunstancias, y que esa diferencia salarial se produce en un colectivo de tres personas, de manera que la mujer percibe una retribución inferior respecto a los otros dos trabajadores, ambos varones, no puede sino concluirse que en este caso existen suficientes indicios de discriminación que llevan a la aplicación de lo dispuesto en el art. 96 LPL en relación a la llamada inversión de la carga de la prueba. En general puede decirse que cuando la diferencia de trato objeto de enjuiciamiento se produzca entre los miembros de un colectivo en los que concurre una determinada causa de discriminación ilícita y aquellos otros en los que no concurre, ello solo basta para que haya de estimarse un indicio fundado de discriminación que obliga a la empresa a probar una causa justificada, objetiva, razonable y proporcionada de la indicada diferencia.

Correspondía entonces a la empresa demandada aportar esa justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la diferencia salarial entre la actora y sus dos compañeros, pero tal justificación está totalmente ausente de los hechos probados, sin que ni siquiera se pretenda introducir por vía revisoria, por lo que ha de confirmarse la conclusión a la que llega el Magistrado de instancia, en el sentido de que la discriminación salarial está motivada por una diferencia de género y, por consiguiente, conforme al art. 180.1 LPL, procedía declarar la existencia de la vulneración denunciada, lo que implica la nulidad radical de la conducta del empleador, conforme al art. 17.1 ET y la consiguiente obligación de reparar las consecuencias derivadas de la misma, que se concretan en el abono de las diferencias salariales entre la trabajadora y sus dos compañeros masculinos por el periodo reclamado y no prescrito.



**20. TSJ Cantabria de 10 de mayo de 2006 Rec. 320/05. Libertad de expresión. Convocatoria de huelga.**

En la demanda origen del pleito, la demandante pretendía el reconocimiento del derecho a ser indemnizada por el Comité de Empresa y las Secciones Sindicales de la Confederaciones Sindicales de CC.OO, de la U.G.T. y de la U.S.O. por haber ejercitado de forma desleal el derecho a la libertad de información, y su condena a rectificar la información engañosa y falsa, incluida la publicación de la sentencia.

La empresa argumenta que en la convocatoria de la huelga realizada por el Comité de Empresa de la cadena SEMARK AC GROUP S.A. se contienen aseveraciones de hecho sobre el cierre de siete centros comerciales que no se ajustaban a la verdad y que nunca fueron contrastadas ni rectificadas, transgrediendo de esta forma el deber de buena fe contractual y ocasionando con ello un perjuicio comercial a la recurrente.

Por tanto lo que aquí procede es examinar si al ejercitar el derecho de huelga y las libertades públicas de expresión e información, libertades reconocidas de una forma expresa en el 68, d) ET para el Comité de Empresa y que, en el caso de las secciones sindicales demandadas, se integraría en el más amplio derecho a la libertad sindical ex Art. 8 de la LOLS ( STC de 7-11-05), la conducta de los demandados trascendió los límites legales que derivan de la existencia de un contrato de trabajo y del específico deber de buena fe que es inherente a toda relación contractual, como sostiene la recurrente o, por el contrario, se ajustaron a un ejercicio regular de aquellas libertades públicas y, en consecuencia, huelgan las indemnizaciones y rectificaciones pretendidas por la recurrente, que es la postura que mantienen los representantes de los trabajadores y resultado acogida por la sentencia de instancia.

La libertad de expresión e información es, en sustancia, un único derecho proclamado en los Art. 20 CE y en el Art. 10 CEDH, cuyo régimen jurídico varía según prevalezca la divulgación de hechos o la emisión de juicios de valor de carácter subjetivo, pues mientras en el primer caso se le impone constitucionalmente el requisito de veracidad, este atributo no es predicable de las opiniones personales que podrán ser razonables o estúpidas, pero no verdaderas o falsas. Sucede, sin embargo, que ambos supuestos no se presentan de forma nítida y, como recuerda el TC (STC de 192/1999), "...en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. Por esta razón, procede examinar en primer lugar la veracidad de aquélla y, a continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula (SSTC 6/1988, 107/1988, 59/1989, 105/1990, 171 y 172 de 1990, 190/1992, 123/1993, 178/1993, 76/1995, 138/1996, 204/1997, 1/1998), pues... el Art. 20.1 C.E. ni protege la divulgación de hechos que no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carientes de fundamento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos". La integración de esa doble perspectiva obliga, por tanto, a realizar un juicio ponderativo a fin de establecer si la conducta de los demandados se justifica por el valor predominante de la lib-

ertad de expresión en cuyo ejercicio habrían inferido la supuesta lesión a los intereses de la empresa, y para ello ha de atenderse a las circunstancias concurrentes, al contexto en que se producen las manifestaciones y a la finalidad perseguida por el mensaje.

A este respecto conviene recordar que el TC, ya en la primera oportunidad que tuvo de ocuparse del tema de la libertad de expresión en el contexto de las relaciones laborales (STC de 15-12-1983, nº 120/1983), matizó los criterios del genérico deber de buena fe que, como parámetro delimitador del ejercicio de aquel derecho, impone el Art. 7 del Código civil indicando que "...resulta cierto que no cabe defender la existencia de un genérico deber de lealtad, con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde al sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto cuya legitimidad general ampara el texto constitucional".

Los límites derivados de los elementos fiduciarios propios del contrato de trabajo aparecen, incluso, más difuminados en la posterior sentencia de 19-7-85 al reconocer que "...ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el Art. 38 CE legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional" (STC de 19-7-1985, 88/1985, F. jco. 2). Este discurso ha sido mantenido por el TC en sus más recientes resoluciones, así en la sentencia de 11-11-02, nº 213/2002, después de advertir que los derechos de información y libertad de expresión sobre materias de interés laboral y sindical, como instrumentos a través de los cuales se ejerce la acción sindical en la empresa, integran el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, añade (F. jco. 7º) que la modulación contractual "... no significa que exista un deber genérico de lealtad con un significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues no resultaría acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales (SSTC 186/1996, de 25-11, FJ 3; 204/1997, de 25-11, FJ 2; 1/1998, de 12-1, FJ 3; 197/1998, de 13-10, FJ 2; y 241/1999, de 20-12, FJ 4). Por este motivo, es preciso que, en casos como el presente, los órganos judiciales preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador dimanantes del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales, pues, dada la posición preeminente de éstos en el Ordenamiento jurídico, en cuanto proyecciones de los núcleos esenciales de la dignidad de la persona (Art. 10.1 CE) y fundamentos del propio Estado democrático (Art. 1 CE), la modulación que el contrato de trabajo puede producir en su ejercicio ha de ser la estrictamente imprescindible para el logro de los legítimos intereses empresariales, y proporcional y adecuada a la consecución de tal fin (SSTC 6/1982, de 21-1, FJ 8; 106/1996, de 12-6, FJ 5; 204/1997, de 25-11, FJ 2; 1/1998, de 12-1, FJ 3; 90/1999, de 26-5, FJ 3; 98/2000, de 10-4, FJ 7; 80/2001, de 26-3, FJ 3, y 20/2002, de 28-1, FJ 3)".

En otras palabras, las limitaciones a las libertades de expresión y de información solo serán admisibles en la medida en que puedan interpretarse como medidas adecuadas y proporcionadas para la protección de algún otro bien que resulte relevante desde la perspectiva constitucional y siempre que, en la terminología del Art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se trate de “una medida necesaria en una sociedad democrática”; en este sentido la STEDH de 29-2-00, asunto Fuentes Bobo c. España, considero que la libertad de expresión no sólo engloba las informaciones o ideas consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también aquéllas hirientes, chocantes o inquietantes.

Conforme a los criterios expuestos lo primero que hay que subrayar, en el supuesto aquí analizado, es que nos encontramos en presencia de un comunicado de los representantes de los trabajadores en el que expresan las reivindicaciones que justifican el llamamiento dirigido a la plantilla de la empresa a secundar una huelga, como medida de presión para solucionar el conflicto social en el que aquella estaba inmersa; conflicto que había venido provocado por la decisión unilateral de la empresa, sin previa consulta con el Comité, de cerrar uno de sus centros comerciales. Se ha de resaltar, en segundo lugar, que no está acreditado que al difundir dicho comunicado entre la opinión pública se persiguiera, como finalidad específica, causar un daño a la empresa denigrando su imagen comercial puesto que en el mismo no existe ninguna invitación al boicot de sus productos ni tampoco un llamamiento a la solidaridad de los clientes con los huelguistas, limitando expresamente su alcance a informar a los clientes de Lupa de los motivos de la movilización con el ánimo de no perjudicarlos y, en consecuencia, en una primera aproximación a la cuestión litigiosa, la conclusión que se alcanza es que la divulgación del conflicto se enmarca en el ejercicio de la facultad que incumbe a los huelguistas de hacer publicidad de la huelga, ex Art. 6 del R. Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, aspecto o facultad de proyección exterior que la ya lejana STC de 8-3-81, nº 11/1981, (F. jco. 11) considero que formaba parte integrante del derecho de huelga, y que incluso, en determinados supuestos, es conducta obligada con el fin de evitar molestias y trastornos a los usuarios y clientes, véase por ejemplo lo dispuesto en el Art. 4 de aquella norma cuando de un servicio público se trata. Entrando ya en el examen del contenido del comunicado, que es en definitiva lo que la recurrente denuncia cuando tacha de falso el aserto que hacen los convocantes en el sentido de que, “... (con el cierre del centro Tifer-7) gana credibilidad la rumorología que apunta a que en próximas fechas otros centros serán cerrados y las trabajadoras despedidas”, la segunda conclusión que se obtiene es que con dicha afirmación el Comité de empresa estaba transmitiendo a su representados la existencia de un estado de opinión y el temor de que el despido de las 5 trabajadoras del Tifer-7, unido al precedente del centro Lupa 23, eran indicios más que fundados para presumir que en un futuro próximo estos cierres serían seguidos del cierre de nuevos centros de trabajo, presunción que, por cierto, se revelo inteligente y acertada al ponerse de mani-

fiesto posteriormente la existencia de un plan financiero empresarial en cuya estrategia ocupaba un lugar central la clausura de aquellos centros comerciales que, como los mencionados en el comunicado, vinieran experimentado un descenso en las ventas durante los 4 últimos ejercicios.

Se ha de convenir, por tanto, que no se está aquí ante un supuesto de divulgación de informaciones falsas pues, con independencia de la forma concreta en la que haya sido difundida la noticia por los distintos medios de la prensa escrita y de los comentarios que la hayan podido acompañar a cargo de los profesionales de la información, lo que el Comité de empresa realiza es una denuncia sindical ante la falta de negociación, de información y de dialogo exhibidos por la Dirección de la Empresa que, sin previo aviso y en el corto espacio de dos meses, había procedido al cierre de dos establecimientos. En consecuencia quien, ignorando las previsiones del Art. 64.1º ET, ocultó la estrategia empresarial, cegando así las únicas fuentes de información directas, no puede exigir después que las cifras manejadas por los representantes de los trabajadores sobre la evolución del empleo en la empresa gozaran de una rigurosa y total exactitud, pues aunque así no fuera no por ello quedarían privados de protección ya que, como hace notar la doctrina constitucional, el requisito de la veracidad hay que predicarlo más que de la información del informador y “...cabe que, pese a ello, la información resulte inexacta o errónea, lo que no puede excluirse totalmente, pero la “información rectamente obtenida y difundida es digna de protección (STC 6/1988, FJ 5) aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado” (STC de 25-2-02, nº 52/2002).

Pues bien en el presente caso, al recoger y transmitir la información disponible y la preocupación existente en los centros de trabajo concernidos por la política empresarial, los representantes sindicales se movieron dentro de los límites naturales de aquel derecho y, teniendo en cuenta que la finalidad perseguida era específicamente sindical: la defensa de los puestos de trabajo de los trabajadores despedidos, tal exteriorización implica tanto elementos de información como de opinión. Se informa, en primer término, de la existencia del conflicto y de las razones que lo motivan; pero con ello, inevitablemente, se expone también y ante todo la posición reivindicativa de los trabajadores sobre los temas objetos del conflicto, en la medida en que lo que se transmite no es una realidad unívoca sino el contenido de un litigio, con posiciones contrapuestas, como lo verifica el acta de la conciliación intentada el día 4 de marzo de 2005 ante el ORECLA en la que puede leerse “la empresa manifiesta con esta ocasión ejercitar su derecho a extinguir los contratos de los trabajadores afectados, el comité en justa correspondencia, se limita, con toda legitimidad a defender los derechos de los trabajadores”. En suma, en estos supuestos, es desde el ámbito de la libertad de expresión desde el que debe valorarse fundamentalmente las comunicaciones controvertidas, y no tanto desde la absoluta veracidad y exactitud informativa que exige la recurrente pues, como advierte la STC de 15 de noviembre de 2004, (nº 198/2004 F. jco. 4),

“...la invocación del Art. 20.1 a) y d), CE carece de sustantividad propia y no es escindible de la que se efectúa del derecho a la libertad sindical”.

En definitiva, atendidas la forma y el contexto en el que se realizaron aquellas manifestaciones, todo indica y hay que considerar que a través de las mismas se estaba emitiendo un juicio presuntivo sobre las previsiones y la evolución futura del empleo en la empresa, y este tipo de presunciones y juicios de valor no son desconocidos por el ordenamiento laboral y dan pie, incluso, a que los propios representantes de los trabajadores puedan solicitar la incoación de un expediente de regulación de empleo cuando “racionalmente presuman” que la conducta del empresario pueda ocasionar a los trabajadores un perjuicio de muy difícil o imposible reparación ex Art. 51.9 del Estatuto de los Trabajadores, perjuicio que era precisamente lo que en el supuesto de autos se pretendía evitar a través de la convocatoria de una huelga y, por tanto, al realizar las declaraciones objeto de debate, exteriorizando los motivos del conflicto y mencionando, entre ellos, evitar el futuro cierre de las tiendas Lupa 4, Lupa 8, Lupa 26, Lupa 34, Lupa 43 y el centro Lupa de Astillero, los demandados se encontraban amparados por el amplio margen de libertad y discrecionalidad que garantiza el derecho a la libertad de expresión.

Alega, en segundo lugar la empresa, que al difundir la noticia sobre el cierre de nuevos establecimientos, los representantes de los trabajadores demandados infringieron el deber de sigilo profesional impuesto por el Art. 65 ET a los miembros del Comité de Empresa.

Este deber de sigilo que, como contrapartida del derecho a la participación de los trabajadores en la empresa, regula el precepto legal citado puede, sin embargo, entrar en colisión con el derecho de comunicar información y así lo advierte la doctrina constitucional (STC 11-11-2002, nº 213/2002, f. jco. 4) cuando señala “... el derecho y deber de información de los delegados sindicales -al igual que el de los representantes electivos o unitarios de los trabajadores y de los funcionarios públicos- no resulta ilimitado, sino que se encuentra condicionado por la imposición legal de un “deber de sigilo profesional” (Art. 10.3.1 LOLS, en relación con el Art. 65.2 LET). A través del mismo, se impone a los representantes de los trabajadores la obligación de no difundir determinadas informaciones que les proporciona la empresa en cumplimiento de su obligación legal de información sobre las materias competencia de la función de representación de aquellos. Pero tampoco el deber de sigilo es irrestricto, antes al contrario se acota en los términos del Art. 65.2 ET para permitir el desenvolvimiento de la labor de representación, garantizando una base de confianza entre el sujeto informante (empresario) y el informado (representante) y reduciendo así los temores o las reservas del primero por facilitar una información cuya divulgación podría perjudicar sus intereses.”

El contenido del deber de sigilo profesional viene referido por el Art. 65.2 del ET a las materias mencionadas en los párrafos 1º, 2º, 3º 4º y 5º de su Art. 64, es decir, a las contrataciones, planes de formación, organización del trabajo etc... por un lado y, de otro, a los temas de índole económica, comercial, productiva

o que afecten a la calidad societaria de la empresa (fusiones, absorciones...); el deber se extiende de modo particular a “todas aquellas materias sobre las que la dirección señale expresamente el carácter reservado” y, muy especialmente, a los documentos entregados por la empresa al Comité.

En el presente, cuando la demanda rectora de la litis citaba de modo expreso la infracción de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cabía suponer que lo hacía en referencia a su Art. 13, que considera competencia desleal “la divulgación o explotación...de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva”; sin embargo, en sede de recurso de suplicación, concreta aquella referencia normativa con la cita expresa de su Art. 9, precepto que proscribía la realización de actos de denigración respecto de un tercero “...que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”. Así aclarada por la recurrente la infracción que imputa a los demandados no puede tener favorable acogida, porque el Comité no es un tercero extraño al entramado institucional de la empresa y, como más arriba se ha dicho, el deber de sigilo que le viene impuesto por el Art. 65 del E.T. no es sino el reverso del derecho de participación de los trabajadores en la empresa, que el Art. 129 CE reconoce y el Título II del ET concreta, con la finalidad de que puedan llevar a cabo una mejor defensa de los intereses de los trabajadores. Pero es que, además, si adoptáramos la perspectiva de la recurrente y consideramos al Comité como un tercero ajeno a la empresa, tampoco puede hablarse de trasgresión de la buena fe a propósito de quien, en la tutela de los intereses colectivos que le ha sido legalmente confiados, y precisamente para no defraudarlos, limita su actuación al ejercicio legítimo de un derecho constitucional como es el de huelga y a la utilización, también como medio de presión, de otros derechos que el ordenamiento jurídico le otorga como es el de la libertad de expresión.

Habrà que convenir, por tanto, en que la información suministrada en el comunicado emitido por el Comité de Empresa era veraz, pues nadie discute que SEMARK AC GROUP S.A. había despedido a las cinco trabajadoras de la tienda Tifer, que el objetivo perseguido por la huelga: la recolocación de las trabajadoras despedidas en otros centros comerciales, era legítimo y, finalmente, que la motivación última de la huelga, el temor a que prosiguiera en el futuro el cierre de nuevas tiendas sin mediar diálogo con los representantes de los trabajadores, era racional y fundada y, en tales condiciones, no cabe formular tacha alguna al derecho a la libertad de expresión ejercitado, antes al contrario debe gozar de todos los mecanismos de protección arbitrados por el ordenamiento jurídico para garantizar el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales.

■ **José Luis Álvarez Rodríguez**

Abogado Fundación Sindical de Estudios

# La regulación de las enfermedades profesionales

En el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre

**E**l cuadro de enfermedades profesionales vigente desde 1978 ha sido derogado por el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre (BOE del 16-12-06) que establece uno nuevo. Con la nueva regulación de las enfermedades profesionales se da por cerrada una larga etapa reivindicativa de las organizaciones sindicales en la que se exigió reiteradamente la actualización de la “lista” de enfermedades, dada la obsolescencia de la aprobada en 1978, lista que no recogía, como es natural, las nuevas enfermedades surgidas en los últimos treinta años, que dada la intensidad de las modificaciones que han introducido en la producción, son numerosas y su no reconocimiento perjudicaba gravemente a los trabajadores que las sufrían, ya



que éstos se veían abocados a largos y complejos litigios judiciales, para obtener el reconocimiento de su dolencia como derivada de accidente de trabajo, para por esta vía, obtener la mejora de las prestaciones de Seguridad Social y en su caso, la correspondiente indemnización por falta de medidas de seguridad y/o por responsabilidad civil empresarial.

Hemos de recordar que para que una enfermedad sea considerada como profesional debe ajustarse al concepto establecido en el art. 116 de la Ley General de la Seguridad Social:

“Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro en el que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”

Por lo tanto, para ser considerada una enfermedad como profesional, ha de cumplir los siguientes requisitos:

Ser producida a consecuencia del trabajo efectuado por cuenta ajena.

Que se encuentre en el cuadro de enfermedades consideradas profesional por el legislador.

Que proceda de la acción de sustancias o elementos que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad y sea contraída en las actividades profesionales que el cuadro de enfermedades profesionales señala para dicha enfermedad.

Con carácter general hemos de señalar que el régimen jurídico de la enfermedad profesional es idéntico en la mayoría de sus extremos al del accidente de trabajo e, incluso, se ha considerado como parte de éste o como una variedad del mismo (STS 25/11/1992), por ejemplo en lo que se refiere a la gestión, cotizaciones, prestaciones, responsabilidades del empresario y recargos por falta de medidas de seguridad, pero tiene algunas particularidades respecto del accidente de trabajo en los siguientes puntos: en la

prevención o en los períodos de observación dentro de la incapacidad temporal, entre otros.

Las fuentes del Real Decreto 1299/2006 se encuentra en: Recomendación 2003/670/CE, de 19 de septiembre de 2003 (DOCE 25-9).

Declaración para el Diálogo Social de julio de 2004

Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social suscrito entre el Gobierno, sindicatos y patronal de julio de 2006.

Como es conocido, en nuestro país el reconocimiento e indemnización de las enfermedades profesionales está basado en el sistema de “lista”, esto es, existe una lista o relación de enfermedades que son reconocidas como profesionales y de los trabajos que exponen al riesgo de contraerlas. Este sistema libera al trabajador de tener que probar que su enfermedad está causada por el trabajo, dado que es suficiente que su enfermedad figure en la lista y que su actividad profesional lo ponga en contacto con el agente nocivo generador de tal enfermedad, para que se produzca una presunción iuris et de iure. No obstante, esta evidente ventaja de la “lista” se veían limitadas dada la continua aparición de nuevas patologías que traen su causa en las cambiantes condiciones de trabajo y que no figuran



**En nuestro país el reconocimiento e indemnización de las enfermedades profesionales está basado en el sistema de “lista”, esto es, existe una lista o relación de enfermedades que son reconocidas como profesionales y de los trabajos que exponen al riesgo de contraerlas**

en la lista. Para evitar estas limitaciones la lista de enfermedades profesionales debe ser actualizada dinámicamente, pues de lo contrario, la aparición de nuevas enfermedades originadas por la introducción de nuevos productos y tecnologías así como la modificación continua de las condiciones de trabajo, originará que a corto plazo la norma se volverá quedar obsoleta y, por lo tanto, será ineficaz para proteger en la forma debida los derechos de los trabajadores.

El Real Decreto 1299/2006 contiene cinco artículos, dos Disposiciones adicionales, una Disposición derogatoria y tres Disposiciones finales.

En el art. 1 se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales que figura como anexo 1 del Real Decreto, así como la lista complementaria de enfermedades cuyo origen profesional se sospecha, que figura como anexo 2, y cuya inclusión en el anexo 1 podría contemplarse en el futuro; es decir, se aprueba una lista cerrada de enfermedades profesionales, pero se abre la posibilidad de incorporar otras nuevas.

El cuadro de enfermedades es el siguiente:

**Grupo 1.** Enfermedades profesionales causadas por agentes químicos.

**Grupo 2.** Enfermedades profesionales causadas por agentes físicos.

**Grupo 3.** Enfermedades profesionales causadas por agentes biológicos.

**Grupo 4.** Enfermedades profesionales causadas por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en otros apartados.

**Grupo 5.** Enfermedades profesionales de la piel causadas por sustancias y agentes no comprendidos en alguno de los otros apartados.

**Grupo 6.** Enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos.

La actualización del cuadro de enfermedades profesionales se contempla en el art. 2 del RD y encarga su realización al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, previo informe del Ministerio de Sanidad y Consumo y de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el trabajo. También se contempla la incorporación de las enfermedades profesionales que pasen a formar parte de la lista europea y que no estén contempladas en la normativa española.

La calificación de las enfermedades profesionales está encomendada a la entidad gestora de la Seguridad Social, sin perjuicio de su tramitación por parte de las entidades colaboradoras que asuman la protección de las contingencias profesionales, correspondiendo también a la entidad gestora la determinación del carácter profesional de la enfermedad respecto de los trabajadores que no se encuentren en situación de alta.

Los artículos 4 y 5 se refieren a la elaboración y tramitación de los partes de enfermedad profesional y a la comunicación de enfermedades que podrían ser calificadas como profesionales y la Disposición adicional primera al modelo de parte de enfermedad profesional, habiendo sido objeto de desarrollo por la Orden TAS/1/2007, de 2 de enero (BOE 4-1-2007), por la que se establece el modelo de parte de enfermedad profesional, se dictan normas para su elaboración y transmisión y se crea el correspondiente fichero de datos personales.

Por último se deroga expresamente el Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo, que era el que regulaba el cuadro de enfermedades profesionales y contenía como anexo la lista de enfermedades profesionales vigentes hasta el 31 de diciembre de 2006, pues el Real Decreto 1299/2006 ha entrado en vigor el 1 de enero de 2007.